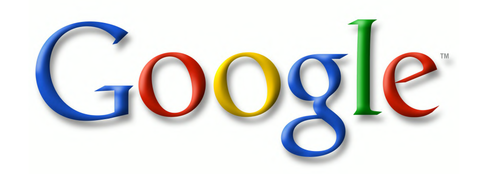
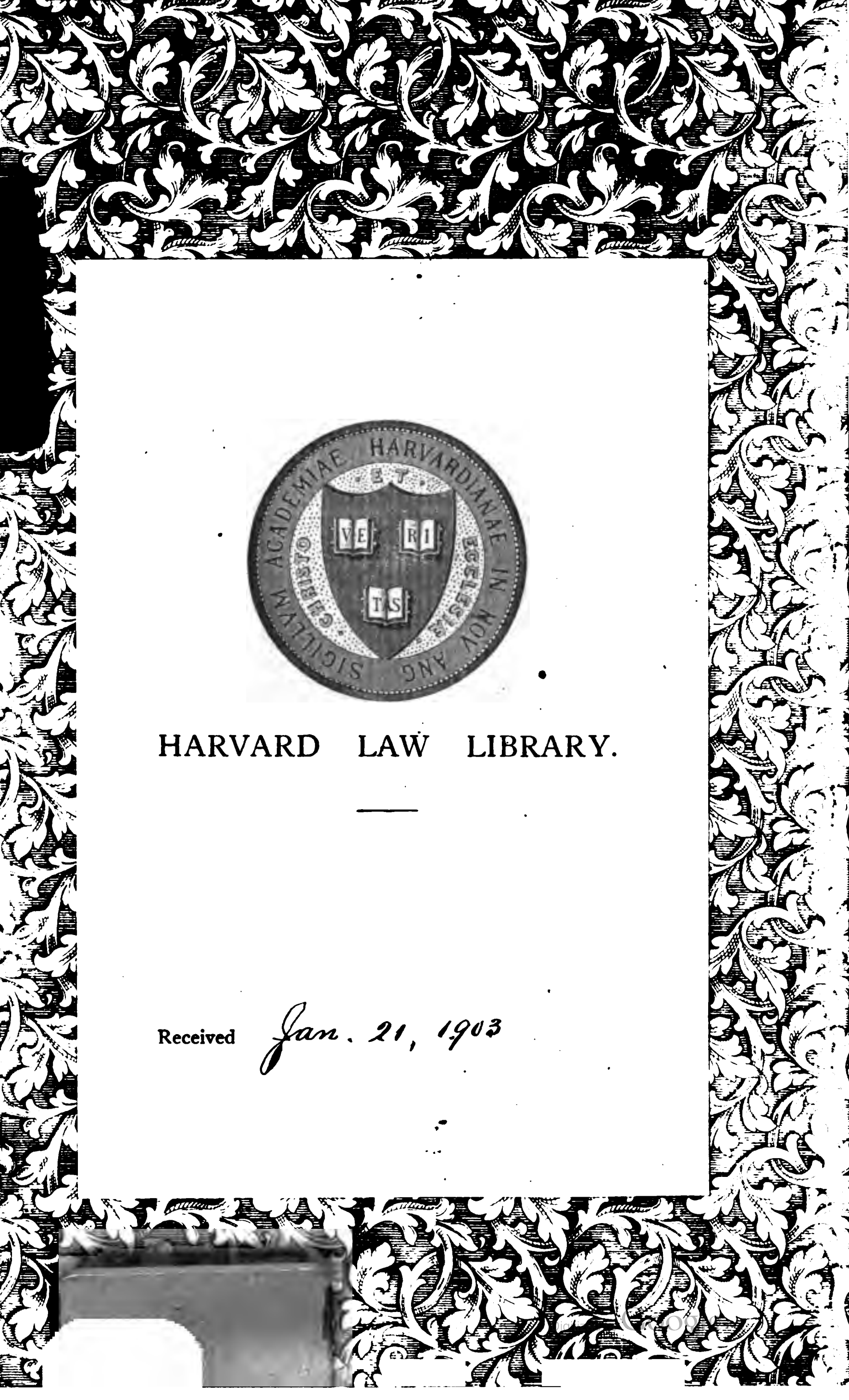
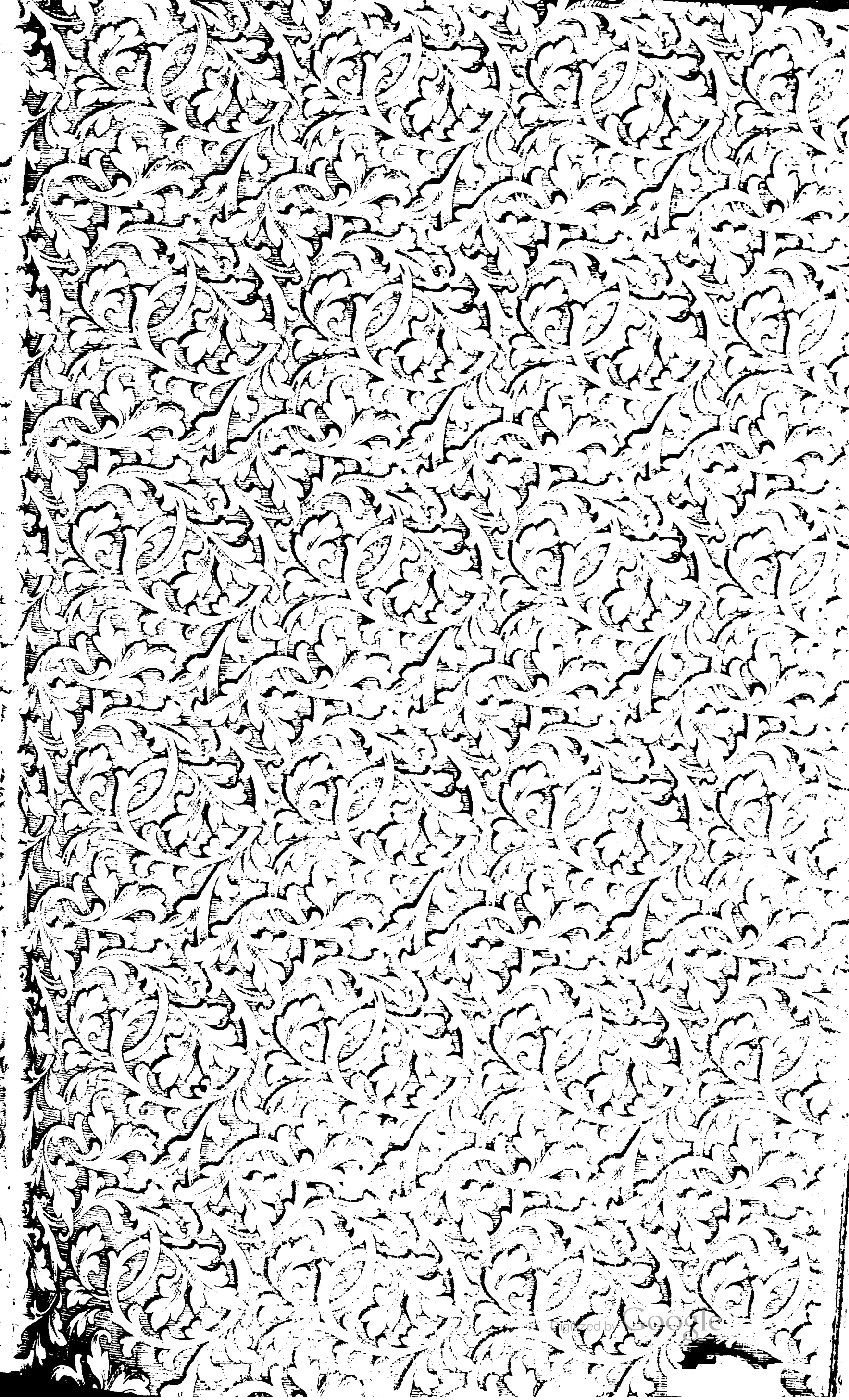





SIGILLVM ACADEMIAE HARVARDIANAE IN NOV ANG
CHRISTO ET ECCLESIAE
VE RI TAS





Archiv

für

das Civil- und Criminal-Recht

der

Königl. Preuß. Rheinprovinzen.

Herausgegeben

durch

einen Verein von Mitgliedern des öffentl. Ministeriums und des Advokatenstandes beim Rheinischen Appellations-Gerichtshofe zu Köln.

Achtundvierzigster Band.

Erste Abtheilung.

Köln am Rhein,
Druck und Verlag von Peter Schmitz.
1853.

Archiv

für

das Civil- und Criminal-Recht

der

Königl. Preuß. Rheinprovinzen.

Herausgegeben

durch

einen Verein von Mitgliedern des öffentl. Ministeriums
und des Advokatenstandes beim Rheinischen
Appellations-Gerichtshofe zu Köln.

Neue Folge.

Einundvierzigster Band.

Erste Abtheilung.

Köln am Rhein,
Druck und Verlag von Peter Schmitz.
1853.

Inhalt.

Erste Abtheilung.

Seite.

Zweite Abtheilung.

A. Rechtsentscheidungen des Königl. Revisions- und Cassationshofes.

Seite.

B. Landgerichtliche Entscheidungen, Ministerial-Rescripte und juristische Abhandlungen.

Erste Abtheilung.

Entscheidungen merkwürdiger, bei dem Rhein. Appellationshofe verhandelter Rechtsfälle.

Collocationsverfahren. — Einspruch des Gemeinschuldners.

Der Gemeinschuldner ist bei Erhebung eines Einspruchs gegen die Location eines Gläubigers nicht an die einmonatliche Frist der Art. 755 und 756 B. P. O. gebunden.

Nasse — Fröhlich.

Gegen die Eheleute Fröhlich wurde auf Grund einer Zwangsversteigerung das Rangordnungs-Verfahren über die erzielten Kaufpreise eingeleitet und es wurden darin die Erben Nasse für eine Forderung von 613 Thlr. 5 Sgr. 5 Pfg. in den provisorischen Status aufgenommen. Hiergegen erhoben die Eheleute Fröhlich Einspruch und verlangten Reduction der Summe auf 226 Thlr. 4 Sgr. 4 Pfg. Diesem Antrage stellten die Erben Nasse zunächst die Einrede der Unstatthaftigkeit des Einspruchs entgegen, weil derselbe nach Ablauf der einmonatlichen Frist des Art. 755 B. P. O. erhoben worden sei, die Gemeinschuldner sogar gegen einen andern Gläubiger früher Einspruch erhoben hätten, der längst entschieden sei, und nicht in jeder Lage der Dinge auf's Neue den Status bestreiten könnten.

Das Landgericht zu Bonn, bei welchem das Verfahren anhängig war, entschied über diesen Punkt zu Gunsten der Gemeinschuldner durch Erkenntniß vom 18. Oktober 1851 indem es erwog:

„Daß keine gesetzliche Bestimmung dem Gemeinschuldner die Verbindlichkeit auferlegt, binnen Monatsfrist seine Opposition wider den provisorischen Collocationsplan bei Strafe der Ausschließung anzumelden und bei einmal eingemittelter Opposition sämmtliche Oppositionen gleichzeitig geltend zu machen";

Bei der Seitens der Erben Nasse gegen dieses Urtheil ergriffenen Berufung wurde auch diese Einrede wiederholt. Für die Appellaten wurde zur Unterstützung der Gründe des

ersten Richters Bezug genommen auf die Ansichten der Autoren z. B. Chauveau-Carré N°. 2563. — Berriat St. Prix. Ordre §. I. note 11a. — Persil. Quest. II. 431. — Thomine N°. 868. — Rodière p. 215 und das Urtheil bei Sirey 41. 2. 358.

Der Hof entschied hierauf in Uebereinstimmung mit dem Antrage des öffentl. Ministeriums durch Urtheil vom 9. Juni 1852 confirmatorisch, wie folgt:

J. E., soviel die appellantischer Seits gegen das Urtheil a quo geltend gemachten Beschwerden anbelangt: daß der erste Richter mit Recht den gegen die Zulässigkeit der Opposition erhobenen Einwand zurückgewiesen hat, indem die im Art. 756 der B. P. O. angedrohte Ausschließung dem klaren Wortlaute nach sich nur auf die Gläubiger bezieht, auch keinerlei sachlicher Grund vorliegt, diese Bestimmung auf den Gemeinschuldner auszudehnen, und ebensowenig aus bloßen prozeßökonomischen Rücksichten, wie sie die Appellanten geltend machen, eine solche Verlustigung verhängt werden kann;

Daß es endlich aber auch für den Kraft eigenen Rechtes prozedirenden Gemeinschuldner eine juristisch gleichgültige Thatsache ist, wenn dieselbe oder eine ähnliche Contestation, wie solches hier der Fall war, bereits zwischen seinem Gegner und einem andern Gläubiger zur Entscheidung gekommen ist.

III. Senat. Sitzung vom 9. Juni 1852.

Advokaten: Borchardt — Herbertz.

Falliment. — Solidar-Schuldner. — Syndik.

Der Syndik eines Falliments ist nicht qualifizirt, die Rechte der Gläubiger gegen einen mit dem Gemeinschuldner solidarisch Verpflichteten zu verfolgen, wenn auch die Solidarverpflichtung allen Gläubigern gegenüber besteht.

Falliment Kierdorf — Scheider.

Gemäß notariellen Aktes vom 31. März 1847 hatte der Handelsmann Kierdorf seinem Schwiegervater Scheider für erhaltene Vorschüsse und zur Deckung vieler näher angegebenen Schuldposten seine ganze Habe übertragen und sich verpflichtet, sein bisheriges Geschäft in Zukunft für Rechnung und zum Vortheile seines Schwiegervaters, jedoch unter Bei-

behaltung seiner Firma, zu führen. Nicht lange nachher fallirte er, und nun meldete Scheider zum Verificationsprotokolle eine Forderung von mehrern Tausend Thalern an, welcher der Syndik mit der Behauptung entgegentrat, daß Scheider selbst in Gemäßheit des gedachten Vertrages als Schuldner zu betrachten sei, woraus dann folge, daß er bei der Masse eine Forderung nicht geltend machen könne, ja daß er sogar — worauf der Syndik einen Reconventional-Antrag richtete — den Gläubigern d. i. der Masse mit seinem eigenen Vermögen haften müsse.

Der Reconventional-Antrag — von welchem hier allein die Rede sein soll — wurde von dem Handelsgerichte zu Düsseldorf zurückgewiesen, in der Berufungsinstanz aber von dem Syndik wiederholt. Sein Rechtsanwalt führte aus, da nach dem Vertrage vom 31. März 1847 Kierdorf das Geschäft für Rechnung seines Schwiegervaters Scheider geführt habe, so sei dieser auch den sämmtlichen Gläubigern gegenüber der eigentliche Schuldner; er, der Syndik, vertrete die Gesammtheit der Gläubiger, sei mithin auch qualifizirt und berechtigt, die Befriedigung der Gläubiger aus dem Vermögen des Scheider zu verlangen. — Der A. G. H. verwarf jedoch in Uebereinstimmung mit dem Antrage des öffentl. Ministeriums die desfallsige Berufung, indem er erwog:

J. E., daß nach den bei der Reconvention genommenen Anträgen es sich nicht von einer Forderung oder einem andern auf die Masse übergegangenen Anspruche des Kierdorf an den Appellaten, wie vielmehr von der Verpflichtung des letzteren handelt, für die liquidirten Forderungen solidarisch mit dem Gemeinschuldner aufzukommen;

Daß es nicht dem mindesten Bedenken unterliegt, daß in dieser Unterstellung den Syndiken als Vertretern der Masse durchaus kein Klagerecht zustehe, so wenig wie sie überhaupt befugt erscheinen, die den einzelnen Kreditoren gegenüber durch Bürgschaft oder in anderer Weise eingegangenen oder sonst gesetzlich entstandenen Verbindlichkeiten dritter Personen wider diese geltend zu machen, und daß hierbei der Umstand rechtlich keinen Unterschied begründet, daß etwa zufällig zu Gunsten aller Gläubiger ein solcher Verpflichtungsgrund besteht;

Daß daher auch in Bezug auf die Reconvention die Entscheidung des ersten Richters sich rechtfertigt;

Aus diesen Gründen
verwirft u. s. w.

I. Senat. Sitzung vom 2. November 1852.
Advokaten: Lautz — Hardung I.

Cession. — Simulation.

Der debitor cessus ist nicht befugt, dem Cessionar die Einrede der Simulation der Cession entgegen zu setzen, so ferne er nicht nachweist, daß er durch die Cession im concreten Fall in eine schlimmere Lage versetzt worden.

Boeser — Koppels.

Durch Notarialakt vom 7. November 1848 bekannte Koppels, dem Peter David ein Capital von 600 Thlr. für erhaltenes baares Darlehn zu verschulden; durch ferneren Notarialakt vom 4. Dezember 1849 cedirte David diese Forderung an Boeser, indem er den Cessionspreis von gleichem Betrage erhalten zu haben bekannte, und der Cessionar ließ am 22. Dezember 1849 die Cession dem debitor cessus signifiziren. Da der Letztere die Zinsen nicht bezahlte und deshalb mit Exekution bedroht wurde, opponirte er aus dem Grunde, weil die Cession simulirt und die cedirte Obligation nur theilweise effectuirt worden sei, indem er statt 600 Thlr. nur 120 Thlr. erhalten habe. Bei der Verhandlung des Einspruchs vor dem Landgerichte zu Düsseldorf producirte der Opponent ein angebliches Schreiben des Cedenten, um seine Behauptung, daß er nicht die ganze verschriebene Summe erhalten habe, wahrscheinlich zu machen, und erbot sowohl hierüber als über die behauptete Simulation der Cession einen Beweis.

Durch Urtheil vom 9. September 1851 erkannte das Landgericht, wie folgt:

J. E., daß, wenn die Behauptung des Opponenten, daß die fragliche Obligation nur zum Scheine an den Oppositen cedirt worden, und daß David nach wie vor Eigenthümer derselben geblieben, in Wahrheit beruhet, sodann der Opposit nicht berechtigt ist, dieselbe gegen den Opponenten einzutreiben, und es ihm also an der Activ-Legitimation mangelt; daß

diese vor allen Dingen festzustellen ist, und daß der von dem Opponenten erbotene Beweis durch Zeugen geführt werden kann, weil derselbe nicht im Stande war, sich schriftlichen Beweis über die Simulation zwischen David und dem Oppositen zu verschaffen.

Aus diesen Gründen

erkennt das Kgl. Landgericht in erster Instanz, läßt den Opponenten vor weiterer Entscheidung in der Hauptsache zum Beweise auch durch Zeugen darüber zu: daß die fragliche Obligation nur zum Scheine an den Oppositen cedirt worden, daß David, nach wie vor, Eigenthümer der Forderung geblieben, daß er dieses unverhohlen ausgesprochen und daß der angebliche Cessionspreis von dem Oppositen nicht an ihn bezahlt worden.

Gegen dieses Urtheil legte Boeser Berufung ein, und führte zu deren Begründung an: daß die bloße und isolirte Thatsache der angeblichen Simulation der Cession, als unerheblich, nicht zum Beweise hätte zugelassen werden dürfen, indem der debitor cessus ohne Interesse und mithin auch ohne Qualifikation sei, eine solche angebliche Simulation einzuwenden, so lange er nicht dargethan, daß er durch die Cession in eine schlimmere Lage versetzt worden sei. Er bezog sich auf analoge Entscheidungen bei Gilbert ad art. 1361 Nro. 3 (Bordeaux 30. juill. 1829 und Réjèt 27. avr. 1831), sowie Archiv 47, 1, 54.

Der A. G. H. erkannte in Uebereinstimmung mit dem Antrage des öffentl. Ministeriums reformatorisch, wie folgt:

J. E., daß Appellat der Forderung des Appellanten die beiden Einreden entgegensetzt:

1) daß die Cession vom 4. Dezember 1849, wodurch P. David, der ursprüngliche Gläubiger, die unterm 7. November 1848 verbriefte Forderung an den Appellanten übertragen habe, simulirt sei, und

2) daß die Obligation vom 7. November 1848 nicht effectuirt sei, indem er (Appellat) statt der stipulirten 600 Thlr. nur 120 Thlr. ausgezahlt erhalten habe;

J. E., daß außer der notariellen Verbriefung vom 7. November 1848 und Cession vom 4. Dezember 1849 die Insinuation der Letztern an den debitor cessus als unterm 22. Dezember 1849 geschehen, thatsächlich feststeht;

Daß daher nach Art. 1689 und 1690 des B. G. B. Appellant nicht blos dem Cedenten, sondern auch dem debitor cessus, sowie jedem Dritten gegenüber Eigenthümer der Forderung geworden und sohin qualifizirt ist, selbe gegen den Appellaten als Schuldner geltend zu machen;

Daß auch die Behauptung, daß die Cession simulirt sei, nicht geeignet erscheint, das Recht des Cessionars aufzuheben, da der debitor cessus mit aller Sicherheit an den Cessionar zahlen kann, und der Cedent jede Zahlung an diesen gegen sich gelten lassen muß, mithin es dem debitor cessus auch an einem Interesse fehlt, eine solche Einrede (eine exceptio de jure tertii) vorzuschützen;

Daß endlich auch die fernere Behauptung, es sei durch die Cession die Lage des Debitors erschwert worden, und selbe sei lediglich zu diesem Zwecke geschehen, unhaltbar ist, indem im Allgemeinen bei Cessionen eine solche Erschwerung für den Schuldner nicht eintritt, da er nach Art. 1295 des B. G. B. berechtigt ist, alle Einreden, welche er gegen den Cedenten hat, gleichmäßig dem Cessionar entgegen zu setzen, im Uebrigen aber solche Momente nicht nachgewiesen sind, die in Bezug auf den vorliegenden speciellen Fall eine Verschlechterung der Lage des Schuldners durch die Cession enthielten, daß demnach das Urtheil a quo, welches den opponentischen Schuldner zum Beweise über die Simulation zugelassen hat, aufgehoben werden muß;

J. E., daß über die obengedachte zweite Einrede vom ersten Richter noch nicht erkannt worden, daß daher nach Art. 473 der B. P. O. die Sache zur weitern Entscheidung in die erste Instanz zurück zu verweisen.

Aus diesen Gründen

reformirt der Kgl. Rh. A. G. H. das Urtheil des Kgl. Landgerichts zu Düsseldorf vom 9. September 1851, und erkennt an dessen Statt, indem er die Einrede der Simulation verwirft, den Appellanten für qualifizirt, die Rechte aus der Obligation vom 7. November 1848 gegen den Appellaten geltend zu machen, verweiset sodann die Sache zur weitern Entscheidung in die erste Instanz zurück.

II. Senat. Sitzung vom 11. November 1852.

Advokaten: Widenmann — Borchardt.

Resubhastation. — Freiwilliger Verkauf.

Gegen den Ankäufer, welcher den aus einem freiwilligen Verkaufe geschuldeten Kaufpreis, an die in Folge des bezüglich desselben betriebenen Purgations- und Collocationsverfahrens auf ihn angewiesenen Gläubiger nicht zahlt, findet die Resubhastation gemäß §. 37 der Subh.-Ord. ebenso statt, wie bei einem vorhergegangenen Zwangsverkaufe.

Rübener — Stähler.

(Rathskammersache.)

In Folge eines Theilungsverfahrens wurden mehrere dem Gottfried Jäger und Christian Jäger gehörigen Immobilien am 30. November 1846 vor Notar öffentlich versteigert, und dem Landwirth Martin Stähler zu Eulenhof zugeschlagen. In dem nach stattgehabtem Purgationsverfahren betriebenen Collocationsverfahren erhielten Eheleute Rübener gegen den Ankäufer Zahlungsanweisungen, welche sie vergeblich in Vollzug zu setzen suchten, weshalb sie unterm 7. August 1851 bei dem betreffenden Friedensgericht zu Gummersbach eine Resubhastation der dem Stähler zugeschlagenen Immobilien gemäß §. 37 der Subh.-Ord. in Antrag brachten; da der Friedensrichter sich hierzu nicht befugt hielt, so wandten sie sich mittelst Anwaltsbittschrift an das Kgl. Landgericht zu Köln, welches indessen durch Rathskammerbeschluß vom 16. Oktober 1851 ihr Gesuch zurückwies, indem es erwog, daß die §§. 36 und 37 der Subh.-Ord. nur dann den Wiederverkauf in den dort vorgeschriebenen abgekürzten Formen gestatten, wenn bereits dieselben Immobilien vor dem Friedensgerichte einmal subhastirt worden, und daß die Bestimmung der A. C. O. vom 11. März 1837, welche im Falle des Art. 2187 des B. G. B. die Anwendung der Subh.-Ord. vorschreibt, als eine specielle auf andere Fälle nicht ausgedehnt werden dürfe.

Auf die hiergegen eingelegte Berufung erkannte der Rh. A. H., wie folgt:

I. E., daß zwar eine Subhastation nicht statt gefunden hat, daß aber das Hypotheken-Reinigungsverfahren der Collocation und der Ertheilung von Zahlungsmandaten vorhergegangen ist;

Daß ein Mehrgebot von Seiten eines der Gläubiger nicht gemacht worden ist, und daher der Ansteigerer in der freiwilligen Licitation, Martin Stähler zu Eulenhof, nach Ablauf der Fristen von Rechtswegen definitiver Ankäufer dem Eigenthümer und allen Hypotheken-Gläubigern gegenüber geworden ist;

Daß hiermit der Kaufpreis ein Gemeingut der Gläubiger geworden und demnächst auch wirklich im Collocationsverfahren unter dieselben vertheilt worden ist;

Daß die Appellanten, Eheleute Rübener, die Auszahlung ihrer Anweisungen von dem Ankäufer Martin Stähler nicht erlangen können, und daher bei dem Kgl. Friedensrichter in Gummersbach die Resubhastation beantragt haben;

Daß dieser Antrag auch in den gesetzlichen Bestimmungen seine Begründung findet, da in Gemäßheit der A. C. O. vom 11. März 1837 und der Ministerial-Verfügung von demselben Tage verordnet ist, daß bei den in Gemäßheit des Art. 2187 des B. G. B. vorzunehmenden Versteigerungen, die Bestimmungen der Subhastations-Ordnung, auch in soweit sie von der Resubhastation handeln, zur Anwendung kommen sollen;

Daß zwar im vorliegenden Falle eine Versteigerung im Sinne des Art. 2187 nicht statt gefunden hat, weil kein Uebergebot erfolgt ist; daß aber dennoch in Folge des eingeleiteten Verfahrens der Uebergang des Eigenthums in einer die Gläubiger bindenden Weise statt hatte, demnach die Sache in dieselbe rechtliche Lage gekommen ist, als wenn ein wirklicher zweiter Verkauf eingetreten wäre; (revente sur enchère)

Daß selbstredend die Bestimmungen der Verfügung vom 17. März 1837 im vorliegenden Falle nicht zur Anwendung kommen, in soweit sie die revente sur enchère betreffen; daß aber die fernere Fortsetzung des Verfahrens bei nicht erfolgender Zahlung des Kaufpreises offenbar nach den Vorschriften der allegirten Ministerial-Verfügung, und daher im Wege der Resubhastation geschehen muß, weil nur in dieser Weise der Wille des Gesetzgebers vernünftig erklärt werden kann, und sonst das frühere Verfahren sich als gänzlich frustratorisch darstellen würde;

Daß hiernach die Verfügung des Friedensrichters zu Gummersbach vom 8. August 1851, welche das Resubhastations-Verfahren für unzulässig erklärt, und der bestätigende Rathskammerbeschluß des Kgl. Landgerichts in Köln vom 16.

Oktober 1851 aufzuheben und dem Antrage der Appellanten statt zu geben ist;

Aus diesen Gründen

erklärt der Hof unter Reformation des Rathskammerbeschlusses des Kgl. Landgerichts zu Köln vom 16. Oktober 1851 den Kgl. Friedensrichter von Gummersbach so befugt als gehalten, gemäß §. 37 der Subhastations-Ordnung die Resubhastation der dem Martin Stähler am 30. November 1846 verkauften Immobilien zu verordnen und das erforderliche Patent zu entwerfen.

Rathskammer-Sitzung des I. Senats v. 29. Nov. 1852.

Advokat: Lautz.

Rechnungslegung. — Rendant einer öffentlichen Anstalt.

Hat die Qualität des Rendanten einer öffentlichen Anstalt aufgehört, so kann er zur Rechnungslegung für die Zeit seiner frühern Amtswirksamkeit nur durch gerichtliche Klage und auf dem gewöhnlichen Rechtswege angehalten werden.

Armenverwaltung zu Hoisten — Schmitz.

Schmitz war früher Rendant des Armenvorstandes zu Hoisten und hatte als solcher Armengelder eingenommen, aber nicht verrechnet. Nachdem seine Qualität als Rendant aufgehört hatte, klagte die Armenverwaltung gegen ihn auf Rechnungslegung und beantragte die Ernennung eines Richterkommissars, vor welchem die Rechnung gelegt werden sollte. Das Kgl. Landgericht zu Düsseldorf erkannte in seinem, gegen den Verklagten ergehenden Contumazialurtheile vom 14. April 1852 zwar dessen Verpflichtung zur Rechnungslegung an, erwog jedoch unter Berufung auf die desfallsigen Bestimmungen der Gemeinde Ordnung vom 11. März 1850, daß diese Rechnungslegung, da sie das Vermögen einer öffentlichen Gemeinde-Anstalt betreffe, Verwaltungs-Sache sei, also vor die vorgesetzte Verwaltungsbehörde gehöre und verurtheilte daher in dem Dispositive seines Urtheils zwar den Verklagten zur Rechnungslegung, verwies jedoch „die Parteien desfalls vor wen Rechtens."

Hiegegen Berufung Seitens der Armenverwaltung, welche von dem A. G. H. in contumaciam gegen den Appellaten und in Uebereinstimmung mit dem Antrage des öffentl. Ministeriums angenommen wurde durch folgendes

Urtheil:

J. E., daß der Appellat als Rendant der Armenverwaltung in Hoisten Rechnung von seiner Einnahme und Ausgabe zu legen verpflichtet ist;

Daß diese Rechnungslegung demjenigen geschehen muß, der den Auftrag zur Verwaltung ertheilt hat, hier dem Gemeinde-Vorstande;

Daß die Gemeinde-Ordnung vom 11. März 1850 die Mittel vorschreibt, durch welche der Gemeinde-Vorstand die Erfüllung der seinen Beauftragten obliegenden Verbindlichkeiten erzwingen kann;

Daß diese Vorschriften indeß gegen den Appellaten nicht mehr angewendet werden können, weil sein Auftrag erloschen ist und deshalb bei seiner fortgesetzten Weigerung die gerichtliche Klage gegen ihn nöthig wurde;

Daß der Rechtsweg, wenn er gegen einen Gemeinde-Beamten einmal zulässig und nothwendig geworden ist, ganz und bis an's Ende des Verfahrens eingehalten werden muß und kein gesetzlicher Grund besteht, warum die im gegenwärtigen Falle gar nicht bestrittene Verbindlichkeit zur Rechnungslegung durch ein gerichtliches Urtheil festgestellt werden, die Ausführung dieses Urtheils aber Verwaltungs-Gegenstand sein sollte;

Aus diesen Gründen

reformirt der Rh. A. G. H. in contumaciam gegen den Appellaten erkennend das Contumacial-Urtheil des Kgl. Landgerichts in Düsseldorf vom 14. April 1852, insoweit als die Parteien zur Rechnungslegung vor wen Rechtens verwiesen worden, verurtheilt statt dessen den Appellaten, die Rechnung vor dem als Kommissar hiermit ernannten Herrn Landgerichtsrath von Hagens in einer Frist von sechs Wochen abzulegen, angerechnet von dem Tage der Behändigung dieses Urtheils, verurtheilt den Appellaten in die Kosten dieser Instanz und verordnet die Rückgabe der Strafgelder.

I. Civil-Senat. Sitzung vom 13. Dezember 1852.
Advokat: Esser.

Strafe der unterlassenen Inventarisirung. — Vormundschaft. — Verjährung.

Der überlebende Ehegatte, welcher beim Vorhandensein minderjähriger Kinder die Aufnahme eines Nachlaß-Inventar's unterläßt, verliert die Nutznießung am Vermögen seiner Kinder sofort und nicht erst vom Tage der Klage. — Eine verspätete Aufnahme des Inventars entbindet ihn nicht von dieser Verwirkung.

Die Klage des Kindes auf Erstattung dieser Nutzungen gegen ihn verjährt nicht in 10 Jahren nach erreichter Großjährigkeit, wenn auch der überlebende Ehegatte gleichzeitig der Vormund seiner minderjährigen Kinder war. — Art. 1442, 475 B. G. B.

Ebensowenig findet darauf die fünfjährige Verjährung des Art. 2277 Anwendung.

Caspary — Melchiors.

Franz Joseph Caspary zu Zell stand in zwei Ehen, von denen die erste im Jahre 1816 durch den Tod seiner Ehefrau aufgelös't wurde, welche eine minderjährige Tochter, die spätere Ehefrau Melchiors, hinterließ. Caspary versäumte die Aufnahme eines Inventars und holte diese erst im Jahre 1828 als er zur zweiten Ehe schritt, unter Zuziehung des Nebenvormundes seiner Tochter, nach. Im Jahre 1850 klagten die Eheleute Johann Joseph Melchiors beim Landgerichte zu Coblenz wider Caspary auf Theilung und Auseinandersetzung der zwischen ihm und seiner ersten Ehefrau bestandenen Güter-Gemeinschaft. Sie griffen dabei die Richtigkeit des Inventars von 1828 an, verlangten den Beweis über den Bestand des gütergemeinen Vermögens auch durch den gemeinen Ruf zu führen, und nahmen die Nutzungen des ihnen zufallenden Antheils seit dem Jahre 1816 in Anspruch, indem sie sich auf die Bestimmungen des Art. 1442 B. G. B. beriefen. Caspary behauptete dagegen, die Aufnahme des Inventars vor Eingehung der 2ten Ehe schütze ihn vor den im bezogenen Artikel angedrohten Nachtheilen; jedenfalls sei bezüglich der Nutzungen die 10 jährige Verjährung des Art. 475 B. G. B. zu seinen Gunsten eingetreten, da er gleichzeitig

Vormund seiner minderjährigen Tochter gewesen und also der Anspruch auf Herausgabe der Nutzungen nur ein Anspruch aus der geführten Vormundschaft sei.

Durch Urtheil vom 11. December 1851 erkannte jedoch das Landgericht nach den von Klägern genommenen Anträgen. Hiervon ergriff Caspary die Berufung, reproducirte sein in erster Instanz geltend gemachtes System und berief sich zu dessen Unterstützung auf die Urtheile im Rhein. Arch. 8. 1. 152. — 12. 1. 132. — Sirey 41. 2. 55 und 43. 2. 49; jedenfalls sei aber der Anspruch auf die Nutzungen durch die fünfjährige Verjährung erloschen. Die Appellaten machten dagegen geltend, daß die einmal verwirkte Nutznießung nicht nachträglich durch ein seinem Zwecke gar nicht entsprechendes Inventar wieder erworben werden könne; daß die Beziehung der Nutzungen durch den Appellanten nicht in seiner Eigenschaft als Vormund, sondern mit der Absicht, sie für sich zu gewinnen, erfolgt, die Klage auf Erstattung derselben also auch keine aus der Vormundschaft, sondern eine Theilungsklage sei, demnach der Art. 475 nicht Platz greife, daß die bezogenen Urtheile theils Fälle aus der älteren Gesetzgebung, theils solche, wo die Aufnahme des Inventars nur wenige Tage versäumt worden, zum Gegenstande hätten, daß dagegen das Urtheil bei Sirey 34. 2. 189, sowie die Ansicht Troplong's Contrat de mariage Nro. 1295. Toullier's XIII. Nro. 17 ihnen zur Seite ständen.

Der Hof erkannte über diese Fragen confirmatorisch, indem er erwog:

J. E., daß die Entscheidung des ersten Richters, soviel die Berechtigung der Appellaten betrifft, ihre bei Nris. 1, 3, 4, 5 und 8 der erhobenen Contestationen geltend gemachten Ansprüche auch durch den gemeinen Ruf zu beweisen — durch die dafür angeführten, aus dem unbestrittenen thatsächlichen Verhältnisse entlehnten Gründe und durch die bezogenen gesetzlichen Bestimmungen ebenso sehr gerechtfertigt erscheint, als dasjenige, was in dem angegriffenen Erkenntnisse über den Verlust der dem Appellanten an dem Vermögen seiner Tochter zugestanden habenden Leibzucht und die Nichtanwendbarkeit der aus dem Art. 475 des B. G. B. entlehnten Einrede der Verjährung erwogen worden ist; daß aber auch die zu gleichem Zwecke bezogene Vorschrift des Art. 2277

l. c. hier ebenwenig Anwendung finden kann, da es sich vorliegend nicht von vertragsmäßig stipulirten, sondern allein von solchen Zinsen handelt, welche der Appellant als Folge seiner Handlung zu entrichten verpflichtet sein soll;

II. Senat. Sitzung vom 15. Juli 1852.

Advokaten: Rübsahmen — Herbertz.

Erbtheilung. — Simulation. — Actio Paulliana.

Der Art. 882 des B. G. B. macht den Angriff eines Gläubigers nicht unzulässig, der behauptet, eine Theilung sei in fraudem creditorum geschlossen.

Duyn — Wittwe Peters u. Wittwe Blankenbach.

Nach dem Tode des Apothekers Peters schritt dessen Wittwe mit ihrer einzigen Tochter und deren Ehemann Friedrich Blankenbach am 17. Januar 1846 zur Theilung, als deren Ergebniß sich herausstellte, daß die Eheleute Blankenbach der Mutter resp. Schwiegermutter noch eine Summe schuldig blieben. Ein Gläubiger des Blankenbach, Heinrich Duyn, griff die Theilung als simulirt an, aber auch aus dem Grunde, weil er behauptete, dieselbe sei in fraudem creditorum geschlossen. Auf die mit Verweisung auf den Art. 882 erhobene Einrede der Unzulässigkeit erkannte der Kgl. Rh. A. G. H. wie folgt:

J. E., daß, was die aus der Verbindung der Art. 882 und 1167 des B. G. B. hergeleitete Einrede der Unzulässigkeit anbelangt, der Theilungsakt vom 17. Januar 1846 gleichzeitig wegen Simulation, Verkürzung der Eheleute Blankenbach und wegen untergelaufenen Betruges angegriffen wird;

Daß insofern dieser Akt simulirt sein sollte, noch gar keine Theilung bestehen würde, folglich auch eine Präclusion der Gläubiger im Sinne des Art. 882 des B. G. B. nicht denkbar wäre;

Daß hinsichtlich der Läsion der Appellant keine eigenen Rechte, sondern nur jene seines Schuldners geltend macht, er mithin den Art. 1166 des B. G. B. und nicht den folgenden anruft, und daher im Namen des Friedrich Blanken-

nach die Verletzung desselben um ein Viertel nach Maßgabe des Art. 887 des B. G. B. geltend machen kann;

Daß, was endlich den Betrug anbelangt, die allgemeine Bestimmung des Art. 1167 ihn zu dessen Vorbringung berechtigt, daß dieser Artikel allerdings in seinem letzten Absatze auf die Vorschriften über Erb- und eheliche Gütertheilungen, mithin insbesondere auch auf den Art. 882 zurückverweiset, daß aber in der Lehre von diesen Theilungen keine specielle Gesetzesstelle enthalten ist, welche vom Art. 1167 abweicht, und eine solche sich namentlich im Art. 882 nicht vorfindet, indem derselbe einem Gläubiger zur möglichen Verhütung einer Beeinträchtigung seiner Rechte eine Intervention in das Theilungsverfahren gestattet, und ihm die Anfechtung der Theilung verwehrt, wenn er diese Vorsicht unterlassen hat;

Daß aber in diesen Schlußworten eine Ausschließung der nachträglichen Artikulation von Betrug nicht gefunden werden kann, da eine ausdrückliche Bestimmung erforderlich gewesen wäre, um den allgemeinen Rechtsprincipien zu derogiren, und der Gesetzgeber nur hat andeuten wollen, daß bei unterbliebener Intervention ein Gläubiger den in gutem Glauben unter den Erben zu Stande gekommenen Theilungs-Vertrag nicht mehr anfechten dürfe. *)

II. Senat. Sitzung vom 24. Juli 1852.

Advokaten: Esser I. — Compes u. Widenmann.

Subhastation. — Beschlagnahme. — Verkauf eines in Beschlag genommenen Grundstücks. — Eviction. — Auflösung. — Einrede des nicht erfüllten Vertrags.

Der Verkauf eines in Beschlag genommenen Grundstücks ist zwischen dem Verkäufer und Ankäufer zu Recht beständig. §. 10 der Subh.-Ord.

Der Ankäufer erleidet durch die gegen den Verkäufer erfolgende Licitation keine Eviction, wenn er selbst Ansteigerer dabei wird, kann da-

*) Man vergl. die Jurisprudenz und Litteratur über diese Frage bei Gilbert ad art. 882 Note 16, 17 u. 20.



her auch nicht die **Auflösung des freiwilligen Verkaufs verlangen.** *)

Schweitzer — Krall.

Durch Notarialakt vom 21. Juni 1843 verkaufte Johann Heinrich Schmitz dem Johann Krall zu Rheydt die Eickesmühle mit verschiedenen Grundstücken für 13000 Thlr. Der Verkäufer verpflichtete sich, die auf den Grundstücken haftenden Hypotheken, soweit solche nicht vom Ankäufer übernommen worden, im Laufe des Jahres abzutragen und den Nachweis darüber am nächsten 1. Januar zu erbringen. Der Antritt der Immobilien sollte am 1. Oktober 1843 erfolgen. Als dieser Vertrag zu Stande kam, war die Mühle bereits auf Anstehen eines Gläubigers, dessen Forderung Ankäufer nicht mit übernommen hatte, mit Beschlag belegt und wurde demgemäß am 4. August 1843 im Subhastationswege versteigert. Krall wurde hier Ansteigerer derselben für 8195 Thlr. Er nahm sämmtliche ihm durch Akt vom 21. Juni 1843 verkaufte Immobilien (einige derselben waren nicht Gegenstand der Subhastation geworden) in Besitz; verfügte durch Verkauf über einzelne von ihnen und tilgte oder übernahm auch diejenigen Hypotheken, welche nach jenem Akte der Verkäufer abzutragen verpflichtet war. Inzwischen starb sowohl Schmitz wie Krall und es erhob Schweitzer, der Nachlaß-Kurator des Erstern, beim Landgerichte zu Düsseldorf eine Klage gegen die Wittwe Krall in eigenem Namen und als Vormünderin des mit ihrem Ehemanne gezeugten minderjährigen Kindes auf Zahlung von 2832 Thlr. 4 Sgr. 7 Pfg., indem er sich auf den Kaufakt vom 21. Juni 1843 stützte und von dem darin beliebten Kaufpreise den Betrag der von Krall übernommenen

*) Der §. 10 Subh.-Ord. ist aus den Art. 692—694 B. P. O. hervorgegangen und auch schon die franz. Jurisprudenz nahm an, daß die Nichtigkeit des Art. 692 nur eine relative, im Interesse der Gläubiger gegebene sei. — cf. Carré-Chauveau und Thomine ad h. art. — Cassations-Urtheil vom 5. Dez. 1827, Sirey 1828. 1. 240. — Coll. nouv. Vol. 8 p. 716. — Allein die franz. Autoren behandeln die Frage nicht für den Fall einer völlig durchgeführten Subhastation, vielmehr unterstellen sie den Fall, daß es nicht zur Licitation kommt, sei es, weil der Schuldner oder auch der Ankäufer die Gläubiger befriedigt, sei es, weil die Gläubiger selbst mit dem freiwilligen Verkauf zufrieden sind und daher die Licitation nicht erwirken. Letzteres war der Fall des vorgedachten Cassations-Urtheils.



oder getilgten Hypotheken, sowie die Kosten der Subhastation abzog. Die Wittwe Krall bestritt diese Klage und verlangte reconveniendo Zuerkennung von 4625 Thlrn. Sie griff nämlich den Akt vom Juni 1843 als nichtig, jedenfalls als aufgehoben durch die später erfolgte Subhastation an, legte den bei dieser erzielten Kaufpreis ihrer Rechnung zu Grunde und kam so, unter Hinzufügung einiger von Schweitzer bestrittenen Posten, zu dem Resultate, daß ihr noch obige Summe gebühre; insbesondere behauptete sie, daß die spätere Subhastation eine Eviction darstelle, daß aber auch Schmitz seine vertragsmäßige Verpflichtung, die Löschung der Hypotheken zu bewirken, nicht erfüllt habe, und daß aus beidem sowohl die Abweisung der Klage wegen der exceptio non adimpleti contractus, wie die Auflösung des Vertrags nothwendig folge. Schweitzer suchte diese Ausführung zu widerlegen und schob eventuell der Wittwe Krall den Eid darüber zu, ob nicht nach der Subhastation die beiden Parteien Schmitz und Krall übereingekommen seien, den Vertrag vom Juni 1843 aufrecht zu erhalten.

Durch Urtheil vom 26. Juli 1851 erkannte das Landgericht auf diesen Eid, indem es erwog:

J. E., daß der größte Theil der durch Akt vom 21. Juni 1843 dem Krall verkauften Immobilien der gesetzlichen und auch noch im Vertrage übernommenen Verpflichtung zur Gewähr, ungeachtet am 4. August ej. subhastirt worden, und dadurch nach Art. 1636 dem Ankäufer das Recht erwachsen ist, die Resiliation zu verlangen, woran weder der Umstand, daß er selbst Ansteigerer wurde, noch daß er etwa einige später davon verpfändete, etwas ändern kann;

Daß aber diese natürliche Folge der Eviction nach der Behauptung des Klägers durch die in dem deferirten Eide artikulirte anderweitige Verabredung abgeändert worden ist; und dieser Eid daher erheblich erscheint;

Daß zwar Verklagte ein Resiliationsrecht eventuell auch durch Nichterfüllung des Kontraktes Seitens des Johann Heinrich Schmitz motiviren will, weil derselbe weder binnen der im Vertrage bestimmten Frist die Eigenthumstitel überliefert, noch die Grundstücke von den betreffenden Schulden befreit habe;

Daß jedoch in dieser Beziehung eine in Verzugsetzung nicht nachgewiesen ist, und der letztere Grund implicite we-

nigstens theils durch die im Eide artikulirten Thatsachen, theils dadurch seine Erledigung findet, daß verklagtischer Erblasser die Schulden seiner Behauptung nach selbst gezahlt habe.

Gegen dieses Urtheil ergriff Schweitzer die Berufung, auf welche der Hof in Uebereinstimmung mit dem Antrage des öffentl. Ministeriums reformatorisch erkannte. Da die Ausführungen der beiderseitigen Vertreter im Urtheile ihre volle Würdigung gefunden haben, so können dieselben hier übergangen werden.

Urtheil:

J. E., daß Seitens der Appellatin der Kaufvertrag vom 21. Juni 1843 zunächst aus Gründen des §. 10 der Subh.-Ord. als nichtig angefochten, und sodann die Resiliation desselben auf Grund der Art. 1626, resp. 1636 und 1184 des B. G. B. in Anspruch genommen wird, während der Appellant und ursprüngliche Kläger principaliter und vor Allem die andauernde Rechtsbeständigkeit jenes Vertrags, der Licitation vom 14. August 1843 ungeachtet, für sich anruft;

Daß es nun allerdings nach der Bestimmung des vorbezogenen §. der Subh.-Ord. keinem Zweifel unterliegt, daß die von dem Schuldner bewirkte Veräußerung von Immobilien, die gegen ihn in Beschlag genommen worden sind, den Fall der in dem §. vorgesehenen rechtzeitigen Deposition Seitens des neuen Erwerbers allein ausgenommen, den Gläubigern gegenüber eo ipso nichtig wird, und daß daher, wo unaufgehalten durch diese ausnahmsweise gestattete Deposition, die durch die Beschlagnahme einmal eingeleitete Licitation zum faktischen Vollzuge kommt, von irgend einer Rechtswirkung der der Beschlagnahme nachfolgenden Veräußerung des Subhastaten, eben diesen Gläubigern gegenüber, nicht mehr die Rede sein kann;

Daß hiermit aber, selbst in dem Falle der wirklich zum Vollzug gelangten Licitation, über das den Interessen der Gläubiger völlig fremde Vertragsverhältniß zwischen dem Veräußerer und dem neuen Erwerber noch gar nicht statuirt ist;

Daß dieser Letztere daher, da ihm persönlich aus dem angezogenen §. der Subh.-Ord. keine neuen Rechtsbefugnisse erwachsen sind, der eingetretenen Licitation ungeachtet, seinem Verkäufer gegenüber auf die ihm nach den angeführten Artikeln des B. G. B. competirende Auflösungs- resp. Schadens-Ersatz-Klage beschränkt bleibt;

Daß hieran auch durch den Umstand, daß der Ankäufer in der Licitation selbst Ansteigerer ward, nichts geändert wird, indem derselbe in diesem Falle nur eine Befugniß übt, die er mit jedem Dritten theilt, deren Ausübung ihn aber, eben weil es eine allgemein zuständige ist, nicht der Nothwendigkeit überheben kann, die Auflösung des mit seinem Verkäufer abgeschlossenen Vertrages auf dem gewöhnlichen Wege der desfalls zu erhebenden Klage oder Einrede zu erstreben, oder was dasselbe, ihm nicht das Recht erwerben kann, an der nur „in Beziehung auf die Gläubiger" seines Contrahenten statuirten Nichtigkeit des Vertrages und „ohne daß es hierzu eines besondern Erkenntnisses bedürfe," zu partizipiren;

Daß der Vertrag vom 21. Juni 1843 demnach, selbst wenn die sämmtlichen, darin verkauften Immobilien am 14. August 1843 auch licitirt worden wären, der Appellatin, als der Rechtsnachfolgerin des Ankäufers gegenüber, nicht eo ipso als nichtig zu erachten sein würde;

Daß dieser Fall indeß nicht einmal vorliegt, da von den in dem Vertrage vom 21. Juni 1843 mitverkauften, und in der dem Vertrage beigefügten Anlage näher spezificirten 21 Parzellen zum Gesammtbetrage von 11 Morgen 78 Ruthen 70 Fuß, die acht zuletzt aufgeführten Parzellen erwiesener und zugestandener Maßen am 14. August 1843 nicht mit licitirt worden sind;

Daß daher für diese Parzellen der Vertrag vom 21. Juni 1843 zunächst und jedenfalls noch in voller Rechtskraft unter den Contrahenten fortbestehen würde, wenn anders für den wirklich licitirten Theil des frühern Kaufobjekts von einer Anwendung des §. 10 der Subh.-Ord., was nach dem vorhin Ausgeführten nicht der Fall ist, hier überhaupt die Rede sein dürfte;

Daß es zum Zwecke der Entscheidung über die unter den Parteien streitige Rechtswirksamkeit oder Rechtsunwirksamkeit des Vertrages vom 21. Juni 1843 hiernach nur noch auf eine Erörterung der von der Appellatin beantragten Resiliation dieses Vertrages ankommen kann, und daß zur Rechtfertigung dieses Antrags zunächst darauf hingewiesen wird, daß der Verkäufer Schmitz die Ueberlieferung der verkauften Immobilien an den Ankäufer Krall weder vor der Licitation vom 14. August 1843 bewirkt habe, noch nach dieser Licitation habe bewirken können, sowie ferner darauf, daß Seitens

des Verkäufers die in dem Vertrage eingegangenen Bedingungen, namentlich die darin versprochene Tilgung der auf dem Kaufobjekte haftenden Hypothekar-Schulden, soweit dieselben nicht von dem Ankäufer in Aufrechnung des Kaufpreises von 13,000 Thlr. übernommen waren, unerfüllt geblieben seien;

Daß nun nach Art. 1 des Vertrages vom 21. Juni 1843 der Ankäufer Krall erst mit dem 1. Oktober jenes Jahrs in den Besitz des Kaufobjekts einzutreten hatte, derselbe daher in keiner Weise beschwert ward, wenn er diesen Besitz, was von dem Appellanten indeß durchaus bestritten wird, bis zu dem angegebenen 1. Oktober 1843 wirklich entbehrt hätte;

Daß er den Besitz des Kaufobjekts, sofern es wenigstens den *licitirten* Theil desselben betrifft, jedenfalls schon am Tage der Licitation, dem 14. August 1843, erlangt, und daß er sich hinsichtlich des nicht licitirten Theils, welchen letztern Theil er zur Stunde noch ebenso wie den licitirten Theil besitzt, über den Anfang seines Besitzes noch jetzt nicht ausgesprochen hat;

Daß sonach allein zu prüfen bleibt, ob die nach dem Verkaufe eingetretene Licitation eines Theils des Kaufobjekts, die, sofern dabei ein Dritter Ansteigerer geworden, den Ankäufer Krall allerdings nicht bloß mit der Entwährung dieses Theiles bedroht, sondern diese Entwährung auch wirklich für ihn herbeigeführt hätte, nun, da Krall selbst Ansteigerer geworden, demselben noch einen zureichenden Grund zu der beantragten Resiliation jenes Verkaufes darbieten kann;

Daß dies sowohl nach der Natur des Rechtsverhältnisses als auch nach der zutreffenden Analogie des Art. 2192 des B. G. B. verneint werden muß;

Daß der Art. 1636 des B. G. B. die Thatsache einer wirklich eingetretenen Entwährung zum Nachtheil des Ankäufers voraussetzt, nicht aber den hier allein vorliegenden Fall, daß es der Ankäufer unternimmt, sich gegen eine, ihm durch die Licitation erst angedrohte Entwährung, mittelst eigenen Ansteigerns des Kaufobjekts zu schützen;

Daß in diesem wirklich vorliegenden Falle dem Ankäufer gerade diejenige Beeinträchtigung abgeht, um derentwillen allein ihm in den von dem Art. 1626 des B. G. B. unterstellten Fällen einer éviction qu'il s o u f f r e dans la tota-

lité ou partie de l'objet vendu, der gesetzliche Anspruch auf Gewährleistung gegen seinen Verkäufer, zugesichert ist;

Daß hiergegen auch mit Erfolg nicht einzuwenden ist, daß der Ankäufer, — wenngleich von ihm in seiner spätern Eigenschaft als Ansteigerer nicht gesagt werden möge, daß er durch die Licitation des faktischen Besitzes seines Kaufobjektes verlustig gegangen, oder daß ihm der rechtzeitige Eintritt in diesen faktischen Besitz benommen worden, — doch jedenfalls nach der Licitation seinen Eigenthums- d. h. seinen rechtlichen Besitz nicht mehr aus dem frühern Kaufvertrage, sondern eben aus dem ihm in der Licitation ertheilten Zuschlage, also aus einem neuen, von dem frühern Kaufvertrage verschiedenen Rechtstitel, und nur aus diesem letztern Rechtstitel herleite und daß er daher, soviel es den frühern Ankauf betreffe, allerdings als seines Eigenthumsbesitzes entwährt, angesehen werden müsse;

Daß nämlich bei dieser Ausführung außer Acht gelassen ist, daß das Eigenthum, wofür die Licitation hier dem frühern Ankäufer den neuen Rechtstitel gegeben haben soll, eben dasselbe Eigenthum ist, welches der Ansteigerer in seiner bleibenden Eigenschaft als Ankäufer, dem Verkäufer gegenüber, bereits seit dem Tage des Verkaufs erworben hatte, und welches also, soviel es das Rechtsverhältniß des Verkäufers und Ankäufers betrifft, sein, des Ankäufers, Eigenthum durch die Licitation nicht erst geworden, sondern bloß geblieben ist;

Daß mit der Auffassung der Entwährung, als einer durch Besitz-Entäußerung oder Besitz-Verlust wirklich eingetretenen Benachtheiligung auch der Art. 2178 des B. G. B. übereinstimmt, indem er den recours en garantie contre le débiteur principal, soviel es die Expropriation betrifft, nicht dem Drittbesitzer im Allgemeinen, sondern ausdrücklich nur demjenigen Drittbesitzer zugesteht, qui a subi l'expropriation, der den Zwangsverkauf des Immobile erlitten hat;

Daß sich die Annahme einer Seitens des Ankäufers mittelst der Ansteigerung in der Licitation bewirkten neuen Eigenthums-Erwerbung auch schon um deswillen als unhaltbar erweist, weil der Gegenstand der Licitation, sofern es wenigstens das Rechtsverhältniß des Ankäufers zu dem Subhastaten, seinem Verkäufer betrifft, jedenfalls, und zwar im Augenblicke der Licitation noch, des Ankäufers unzweifelhaftes Eigenthum ist, dieser daher, unter Festhaltung der obigen

Annahme nur sein eigenes Eigenthum erstehen, also einen ohnehin nichtigen Kauf abschließen würde;

Daß demzufolge der Zwangsverkauf eines Immobile, worin der frühere Ankäufer selbst Ansteigerer wird, den frühern Eigenthums-Erwerb des Ankäufers aus dem Kauf nicht aufhebt, daß er denselben vielmehr nur bestätigt, und gegen fernere Störungen sicher stellt;

Daß der hier fragliche rechtliche Fortbestand des frühern Kaufvertrages, wie er in der Natur des zwischen dem Käufer und Verkäufer eines Immobile bestehenden Rechtsverhältnisses seine innere Begründung findet, so auch durch die Analogie des Art. 2191 des B. G. B. ausdrücklich bestätigt wird, indem der in dem Falle dieses Artikels dem Ankäufer gegen seinen Verkäufer zugestandene Rückgriff den Fortbestand des frühern Rechtsverhältnisses, der Adjudikation ungeachtet, nothwendig voraussetzt, so zwar, daß auch hier nicht die Adjudikation, sondern der ursprüngliche Veräußerungs-Vertrag, die vorhergegangene Erwerbung es ist, welche den eigentlichen Erwerbungstitel bildet, und woraus allein der Ankäufer fortwährend sein Eigenthumsrecht herleitet;

Daß auch, wenn es anders hierauf noch ankommen könnte, der durch die Licitation vom 14. August 1843 nicht erschütterte Rechtsbestand des Vertrags vom 21. Juni 1843, in der eigenen Auffassung des Krall, wenigstens soweit sich dieselbe bei Lebzeiten des Schmitz kundgegeben, eine äußere Unterstützung finden müßte, da namentlich die in Gemäßheit des Akts vor Notar Kautz vom 27. Oktober 1846 von dem Krall ausgegangene Verpfändung des gesammten Kaufobjekts, den eigenen Glauben des Krall an den Fortbestand seines Vertrages mit Schmitz ebenso aufdrängt, als sie die Vermuthung einer über sein Eigenthum hinausgehenden Verpfändung, also der wissentlichen Verpfändung fremden Eigenthums ausschließt;

Was sodann noch die vorangeführte angebliche Nichterfüllung der Verkaufsbedingungen auf Seiten des Verkäufers betrifft:

Daß dem von dem Ankäufer hierauf gegründeten Antrage auf Auflösung des Kaufvertrags hier, wo dieser Antrag zunächst nur als exceptio gegen die Klage auf Vollziehung des Vertrages erscheint, zwar allerdings nicht der Mangel einer vorhergegangenen formellen constitutio in moram entgegen zu setzen ist, daß derselbe aber in dem Maße, wie

er gegenwärtig noch aufrecht zu erhalten gesucht wird, keine Berücksichtigung finden kann, da die von dem Verkäufer contractlich übernommene Tilgung der auf dem Kaufobjekt haftenden Hypotheken, — als in deren Unterlassung die Nicht-Erfüllung der Bedingungen noch jetzt nachgewiesen werden soll, — von dem Ankäufer später selbst bewirkt wurde, eine Thatsache, der gegenüber die dem Verkäufer früher allerdings obliegende Leistung ihren Gegenstand längst verloren hat, und wobei daher zu einer nachträglichen Beschwerde über den frühern Mangel dieser, durch das eigene Zuthun des Ankäufers nunmehr überhaupt unmöglich gewordenen Leistung, ein Grund nicht mehr vorliegt;

Daß, wenn demnach der Vertrag vom 21. Juni 1843, und zwar nach dem ganzen Umfange seines Kaufobjekts, als zwischen den Parteien, der Licitation vom 14. August 1843 ungeachtet, noch für rechtlich fortbestehend anerkannt werden muß, es auf den zur Herstellung seiner Existenz von Seiten des Appellanten der Appellatin subsidiarisch deferirten Eid nicht weiter ankommen kann, und daß daher das Urtheil a quo, insoweit es auf die Ausschwörung dieses Eides erkannt hat, der Reformation unterliegt;

Was die Reconvention betrifft:

Daß für einzelne Posten der desfalls formirten Anträge der Appellatin näherer Beweis durch Zeugen angeboten und vom ersten Richter zugelassen ist;

Daß bei der Natur des vorliegenden Rechtsstreites, als wobei die reine Kontraktsklage mit der Klage auf Abrechnung und gegenseitige Auseinandersetzung der Parteien coincidirt, dieser Beweis als statthaft, und aus den von dem ersten Richter dafür angeführten Gründen auch als erheblich erscheint;

Daß im Uebrigen, mit bloßer Ausnahme des Postens über eine Viktualien-Lieferung von 28 Thlr. 15 Sgr., weder über die auf Grund des Vertrages vom 21. Juni 1843 eingeklagte Forderung des Appellanten, noch über die Gegenforderungen der Appellatin bis jetzt erkannt ist;

Aus diesen Gründen

erklärt der Rh. A. G. H., unter desfallsiger Reformation des Urtheils des Kgl. Landgerichts zu Düsseldorf vom 26. Juli 1851, den vor Notar Pauls am 21. Juni 1843 abgeschlossenen Kaufvertrag zwischen dem verstorbenen Joh. Heinrich Schmitz

und dem verstorbenen Johann Krall, mit Verwerfung der gegen diesen Vertrag gemachten Einreden, für rechtsbeständig, verweist die Parteien zur Erledigung des in dem Urtheil a quo nachgelassenen Zeugenbeweises, so wie zur Verhandlung über ihre, nach der obigen Feststellung der Rechtsbeständigkeit des Vertrags vom 21. Juni 1843 noch verbleibenden gegenseitigen Anträge an den ersten Richter zurück, u. s. w.

II. Senat. Sitzung vom 13. November 1852.

Advokaten: Herbertz — Widenmann.

Nothweg. — Klage. — Statthaftigkeit. — Verjährung.

Die Klage auf Gewährung eines Nothweges braucht nicht gegen sämmtliche Nachbarn gerichtet zu werden. *)

Der auf Gewährung eines Nothweges Belangte kann zu dem Beweise, daß der Kläger während der letzten dreißig Jahre seinen Weg über ein anderes anschießendes Grundstück genommen und dadurch diesen letztern Weg als Nothweg usucapirt habe, nicht zugelassen werden, wenn auch die Usucapion eines Nothweges an sich zulässig sein möchte.

Ringel — Cürten.

Der von den Geschwistern Cürten gegen die Wittwe und Kinder Ringel auf Gewährung eines Nothweges erhobenen Klage wurde entgegengesetzt, daß außer den Verklagten noch ein anderer Nachbar (die Pastoratwiese) anschieße und die Kläger auch über dieses Grundstück bisher immer ihren Weg genommen. Die Verklagten leiteten hieraus die Einrede der Unannehmbarkeit der Klage her, weil diese nicht gegen alle Nachbarn angestellt worden sei.

Durch Urtheil vom 23. Juli 1851 verwarf das Landgericht zu Düsseldorf diese Einrede aus folgenden Gründen:

I. E., daß, wenn der Art. 682 des B. G. B. auch nicht schon eine genau bestimmte Wegegerechtigkeit, sondern eine erst

---

*) Sic *Pardessus* Servitudes Nro. 219. — *Lepage* Lois des batimens Nro. 531. — Contra: *Zachariae* §. 246 Note *). — *Montpellier* 5. août 1830. (*Sirey* 31. 2. 96.)

noch zu regulirende dem enclavirten Grundstücke gibt, doch ein Erforderniß zur Zuziehung der sämmtlichen Nachbarn nirgendwo ausgesprochen worden ist, und auch ebenwenig in der Natur der Sache liegt, sogar in einzelnen Fällen oft überflüssig sein würde; daß es vielmehr demjenigen, der einen Nothweg beansprucht, überlassen bleiben muß, die Klage gegen den Eigenthümer desjenigen benachbarten Grundstückes zu richten, das er nach den in den Art. 682 und 683 des B. G. B. ausgesprochenen grundsätzlichen Bestimmungen und den örtlichen Verhältnissen für das zur Gewährung des Weges verpflichtete hält, wo es ihm dann, falls der belangte Nachbar darthut, daß ein anderes Grundstück einen geeigneteren Weg darbiete, noch immer freistehen wird, die Klage gegen den Besitzer dieses letzteren Grundstückes zu richten;

Daß daher die Einrede der Unstatthaftigkeit der Klage unbegründet erscheint.

In der Appellations-Instanz wurde diese Einrede wiederholt, außerdem aber dem klägerischen Anspruch entgegengesetzt, daß der Fall eines Enclave im Sinne des Gesetzes gar nicht vorhanden sei, da der Kläger seit länger als 30 Jahren über ein anderes benachbartes Grundstück, die Pastoratwiese, seinen Weg genommen, daher diesen Weg als Nothweg durch Verjährung erworben habe. Die Appellanten begehrten zum Beweise durch Zeugen über die von ihnen behauptete Thatsache zugelassen zu werden.

Die Appellaten bestritten die Wahrheit dieser Thatsache, und daß ihnen ein Recht, über das Grundstück des anderen Nachbarn zu fahren, aus irgend einem Rechtsgrunde zustehe; sie setzten der Zulässigkeit des erbotenen Beweises entgegen: 1) daß die Frage, ob ein Nothweg durch Ersitzung erworben werden könne, äußerst controvers und zweifelhaft sei, die bloße Möglichkeit aber, einen andern Weg zu erstreiten, die Thatsache des wirklich vorhandenen Enclave nicht aufzuheben geeignet sei; 2) daß die Frage, ob den Klägern ein Nothweg gegen einen Dritten erworben sei, nur diesem selbst gegenüber verhandelt und festgestellt werden könne, dieser Dritte aber nicht im Prozesse sei, und es Sache des Verklagten gewesen wäre, denselben in die Sache zu setzen, wenn sie behaupten und erweisen wollten, daß dieser den Nothweg zu liefern habe; 3) daß zu einer Ersitzung die bloße faktische Ausübung nicht genüge, vielmehr auch der Animus juris hin-

zukommen müsse, den man dem Kläger nicht gegen seinen Willen und wahrheitswidrig unterschieben könne.

In Uebereinstimmung mit dem Antrage des öffentl. Ministeriums verwarf der Hof die Berufung aus folgenden Gründen:

J. E., daß den Appellaten, deren Wiese überall von dem Eigenthume der Nachbarn eingeschlossen ist, die Befugniß nicht zusteht, nach ihrer Wahl über das eine oder andere benachbarte Grundstück einen Weg zur öffentlichen Straße zu fordern, indem dieser vielmehr zufolge Art. 683 des B. G. B. in der Regel nach derjenigen Seite genommen werden muß, wo man von dem eingeschlossenen Grundstücke am nächsten auf die Straße gelangt;

Daß der Weg zu derselben von der gedachten Wiese am kürzesten über den Acker der Appellanten führt, letztere daher *mit Recht allein* belangt sind, wogegen es einer Klage gegen *solche* Besitzer nicht bedurfte, über deren Eigenthum nach der gesetzlich aufgestellten Regel der Weg nicht anzulegen ist;

Daß auch die Appellanten selbst nicht behaupten, daß die gegen sie geltend gemachte gesetzliche Dienstbarkeit nach der Oertlichkeit einem andern Nachbar aufzuerlegen sei, indem sie vielmehr die Verpflichtung zur Einräumung einer solchen aus dem Grunde bestreiten, weil die Appellaten durch besonderen Rechtsgrund, nämlich durch Verjährung, eine Wegegerechtigkeit auf die anschießenden Pastoratbenden bereits vor der Klage erworben hätten;

Daß ein Titel, der dies Recht constatirte, nicht vorgelegt, sondern nur artikulirt wird, daß die Appellaten und ihr Autor während eines Zeitraumes von mehr als 30 Jahren vor der Klage zur Benutzung ihrer Wiese sich des Ueberganges und der Fahrt über die gedachten Benden bedient haben;

Daß aber die blose Thatsache der Benutzung, ohne daß bis jetzt die Servitut selbst gegen den Eigenthümer der angeblich dienenden Grundstücke zuerkannt oder von ihm anerkannt ist, das gesetzlich begründete Recht der Appellaten, einen Nothweg zu fordern, nicht aufzuheben vermag;

Daß der über jene Thatsache erbotene Beweis keine Berücksichtigung verdient, da nicht allein die Appellaten selbst für ihre Wiese eine Dienstbarkeit dem Eigenthümer der Benden gegenüber nicht behaupten, sondern dieser auch nicht einmal im Processe sich befindet, daher von einer Feststellung der fraglichen nirgend anerkannten Servitut ohne Zuziehung des

Besitzers des angeblich dienenden Grundstückes überall keine Rede sein kann;

Daß diesemnach die der Klage entgegengesetzten Einreden jeder Begründung entbehren.

III. Senat. Sitzung vom 25. November 1852.

Advokaten: Kyll — Widenmann.

Aestimatorischer Eid. — Definitives Urtheil. — Berufung.

Ein Urtheil, welches das Maximum, bis zu welchem ein ästimatorischer Eid ausgeschworen werden soll, festsetzt, ist in sofern eine definitive Entscheidung, und kann nur im Wege der Berufung angegriffen werden.

Häcker — Feuerversicherungsgesellschaft Borussia.

Der Gastwirth Häcker erhob nach einem auf seinem Speicher stattgehabten Brande gegen die Versicherungsgesellschaft Borussia eine Entschädigungsforderung von 1460 Thlr. Die Gesellschaft bestritt diese Forderung, und behauptete, daß der angerichtete Schaden mit 80 Thlr., welche sie zu zahlen sich bereit erklärte, mehr als gedeckt sei. Die zur Entscheidung der Sache berufenen Schiedsrichter beließen durch ein Urtheil vom 11. Juni 1851 den Kläger zum ästimatorischen Eide über seinen Schaden und setzten das Maximum der zu beschwörenden Summe auf 500 Thlr. fest. Der Kläger löste dieses Urtheil aus, extrahirte bei dem committirten Friedensgerichte Termin zur Eidesleistung und ließ die Beklagte vorladen, um der Ausschwörung des Eides beizuwohnen. In dem Termine selbst weigerte er sich indessen, den Eid zu leisten, erklärte sich aber bereit, den ganzen geforderten Betrag von 1460 Thlr. zu beschwören. Als die Sache von neuem vor den Schiedsrichtern verhandelt wurde, wiederholte Kläger seine Erklärungen, und entfernte sich ohne Antwort, als die Schiedsrichter ihm die Frage stellten, ob er auch bereit sei, die einzelnen in der Rechnung von 1460 Thlr. enthaltenen Posten zu beschwören. Er wurde demnach durch Urtheil vom 30. November 1851 mit seiner Klage kostenfällig abgewiesen.

Die gegen dieses Urtheil, und zwar nur gegen das letztere erhobene Berufung wurde auf die Beweiserhebungen über

den Schaden gestützt, und angetragen, die Appellatin zu der Summe von 1460 Thlr. zu verurtheilen, eventuell den Appellanten zum Eide über den Schaden bis zu der geforderten Höhe, äußerst eventuell bis zu 500 Thlr. zuzulassen.

Für die Appellatin wurde dem entgegengesetzt, daß das Urtheil vom 11. Juni 1851, soweit es ein Maximum bestimme, definitiv sei, und also, nachdem es rechtskräftig geworden, und da es nicht durch Berufung angegriffen sei, von demselben nicht mehr abgegangen werden könne; daß aber auch der Eid, nachdem er einmal durch den von dem Appellanten zur Ausführung des Urtheils vom 11. Juni 1851 geschehenen Schritt acceptirt worden, bindende Kraft erlangt habe, und durch ihn allein die Sache zur Entscheidung gebracht werden könne; daß aber, nachdem dieser Eid einmal verweigert worden, der Appellant mit Recht sachfällig erklärt sei.

Der Appellationshof erließ folgendes confirmatorische

Urtheil:

J. E., daß in dem Urtheile der Schiedsrichter vom 11. Juni 1851 die Summe, über welche der ästimatorische Eid geschworen werden soll, auf 500 Thlr. festgesetzt ist; daß diese Entscheidung insofern eine definitive ist, und daher nur im Wege der Berufung angegriffen werden konnte; daß der Appellant dieses Urtheil der Appellatin zustellen ließ mit der Aufforderung, dem Termine der Eidesleistung beizuwohnen; daß in dieser Thatsache eine Anerkennung des Urtheils und eine Acceptation des Eides zu finden ist; daß der Appellant in dem Termine die Ableistung des Eides verweigerte und sich dagegen erbot, den ästimatorischen Eid über den ganzen eingeklagten Betrag zu schwören; daß er aber, wie sich aus der vor dem Endurtheile vor den Schiedsrichtern gepflogenen Verhandlung des Näheren ergibt, den Eid nicht in der formirten Weise schwören wollte, nämlich mit Angabe der Gegenstände und deren Werthes, durch deren Verbrennen und Abhandenkommen ihm der eingeklagte Schaden entstanden; sondern nur im Allgemeinen, daß ihm durch den fraglichen Brand der eingeklagte Schaden erwachsen sei; daß sich daher nicht sagen läßt, der Appellant sei bereit gewesen, über 1464 Thlr. 12 Sgr. 3 Pfg. zu schwören, worin liege, daß er jedenfalls über 500 Thlr. schwören wolle; daß er es vielmehr ablehnte, die in der Eidesnorm aufgenommenen sehr

wesentlichen Modalitäten ohne alle Rücksicht auf die Summe durch den auferlegten Eid zu erhärten; daß gegen das Urtheil vom 11. Juni 1851 die Berufung, wenn dieselbe noch zulässig wäre, nicht eingelegt und daher eine Reformation desselben nicht Statt finden kann; der in demselben zuerkannte Eid aber, wie ausgeführt, für verweigert zu erachten;

Aus diesen Gründen

verwirft der Kgl. Rh. A. H. die Berufung von dem am 30. November 1851 erlassenen, am 1. Dezember ej. executorisch erklärten schiedsrichterlichen Urtheile, erklärt den Antrag auf Reformation des Urtheiles vom 11. Juni 1851 für unstatthaft und verurtheilt den Appellanten in Strafe und Kosten.

I. Senat. Sitzung vom 6. Dezember 1852.

Advokaten: v. Hontheim — Nacken.

Leinpfad. — Ein- und Ausladen. — Breite des Leinpfades.

Die gesetzliche Servitut des Leinpfades, welche die an schiffbare Flüsse angränzenden Grundstücke im Interesse des öffentlichen Wohls und insbesondere im Interesse der Schifffahrt belastet, erstreckt sich nicht blos auf den Schiffszug, sondern auch auf Ein- und Ausladen, sowie den Transport der Waaren zu den Schiffen und von den Schiffen.

Die Leinpfadsgerechtigkeit geht deßhalb sowohl bei hohem als bei niederem Wasserstande bis unmittelbar an das Flußwasser.

Ordonnanz von 1669 Tit. 28 Art. 7.
Decret vom 22. Januar 1808.

Weingarten u. Cons. — Aldenhofen — Kgl. Regierung zu Coblenz.

Durch Akt vom 28. Februar 1851 verkaufte die Kgl. Regierung zu Coblenz an den dortigen Holzhändler Weingarten und Cons. mehrere in der Gemarkung Neuendorf gelegene, an die Mosel angränzende Parzellen, und wurde in den Verkaufsbedingungen unter Anderem festgestellt, daß

die bis dahin auf den Grundstücken haftende Servitut des Leinpfades in ihrem vollen gesetzlichen Umfange in Kraft bleibe; und daß die dermalen abgesteckten Wege, wozu auch der Leinpfad, welcher zugleich als Weg diene, gehöre, vor wie nach als öffentliche Wege bestehen bleiben und niemals versperrt werden dürfen.

Am 9. Mai desselben Jahres ließen nun die Ankäufer die Gebrüder Aldenhoven zu Coblenz zum Landgerichte laden, um erkennen zu hören, daß sie nicht berechtigt seien, Holz oder sonstige Gegenstände über ihr — der Kläger — Eigenthum aus- und einzuladen, und daß sie verpflichtet seien, weil dies dennoch geschehen, einen näher zu ermittelnden Schadensersatz zu zahlen. Die Klage wurde darauf gestützt, daß der Leinpfad, sowie er beim Kaufakt vom 28. Februar 1851 abgesteckt gewesen sei, keineswegs unmittelbar am Wasser liege, und daß auch diese Servitut nach ihrer gesetzlichen Natur sich nur auf den Schiffszug beziehe. Die Beklagten wendeten dagegen ein, daß der Vertrag, den die Kläger mit der Kgl. Regierung geschlossen haben möchten, sie nicht tangire, indem sie sich auf die gesetzliche Servitut stützten; daß diese gesetzliche Servitut sich aber nicht blos auf den Schiffszug, sondern auf alle Bedürfnisse der Schifffahrt bezöge.

Die Kläger ließen hierauf die Kgl. Regierung zu Coblenz zur Vertretung beiladen, indem sie sich einestheils auf den Vertrag vom 28. Februar 1851 stützten, welcher dem Leinpfad eine bestimmt abgesteckte Gränze gebe, anderntheils auf Separatverhandlungen, nach welchen den Klägern das ausschließliche Recht des Aus- und Einladens an den fraglichen Stellen zugesagt sein sollte.

Es wurden von den Parteien verschiedene Subsidiaranträge gestellt, die indessen für den gegenwärtigen Zweck keine Bedeutung haben.

Das Kgl. Landgericht zu Coblenz wies sowohl Haupt- als Vertretungsklage ab, indem es zur Hauptsache ausführte, daß die gesetzliche Servitut des Leinpfades die von den Beklagten behauptete weitere Bedeutung habe, und indem es zur Garantieklage erwog:

Daß die Bedingungen des vorgelegten, zwischen den Klägern und dem Fiskus abgeschlossenen Kaufvertrages keineswegs einen Anhaltspunkt für die Behauptung darbieten, es

fei Seitens des Letzteren die Freiheit des verkauften Grundstückes von der fraglichen Servitut für die mehrbezeichnete Strecke an dem Wasser versprochen worden;

Daß sich vielmehr aus §. 2 und §. 11 litt. c. genugsam ergiebt, daß man von vorneherein vorsorglich die Gegner auf das Bestehen der Leinpfadsservitut in ihrem vollen gesetzlichen Umfange aufmerksam machte, in welcher Andeutung geradezu lag, daß die Servitut bis an das Moselufer hinreichte;

Daß es bei dieser umfassenden Bezeichnung nicht mißverstanden werden konnte, wenn Fiskus in §. 11 cit. litt. f. noch das Fortbestehen eines abgesteckten öffentlichen Weges vorbehielt mit einem enunciativen Zusatze, welcher offenbar nur die für die Garantie-Verklagte unverfängliche Deutung zuläßt, daß auf jenem Wege auch die Leinpfadsgerechtigkeit mit ausgeübt werden solle, ohne diese Servitut darum in Widerspruch mit deren gesetzlichem Umfang auf diesen Weg zu beschränken.

Die Kläger ergriffen sowohl den Hauptbeklagten, als den Garantiebeklagten gegenüber die Berufung gegen dieses Urtheil.

Die Parteien reproducirten in der Appellinstanz die vor dem ersten Richter aufgestellten Systeme, und wurde namentlich für die Beklagten Aldenhoven Bezug genommen auf §. 4 Inst. de rer. div. II. 1; — l. 5 Dig. ibid. I. 8; — l. 1 pr. Dig. ut in flum. publ. navigare liceat 43, 14; — l. 1 §. 5 u. l. 3 §. 1 Dig. d. fluminibus 43, 12; Ordonnanz vom Jahr 1669 tit. 28. art. 7; Dekret vom 22. Januar 1808; Proudhon, domaine public, Nro. 784; Pardessus des servitudes Nro. 139; Archiv Bd. 8, S. 35; Bd. 42, S. 111.

Der Appellationshof erließ folgendes confirmatorische

Urtheil:

J. E., daß zufolge Dekret vom 22. Januar 1808, in Verbindung mit dem Art. 7, Tit. 28, Ordonnanz von 1669 die an einen schiffbaren Fluß angränzenden Eigenthümer verpflichtet sind, längs dem Ufer auf der Seite, wo der Schiffszug statt findet, einen freien Raum von wenigstens 24 Fuß für den Leinpfad (pour chemin royal et trait des chevaux) liegen zu lassen;

J. E., daß die Leinpfade, womit das vorbezogene Gesetz die an die schiffbaren Flüsse angränzenden Grundstücke im Interesse des öffentlichen Wohls und insbesondere im In-

teresse der Schifffahrt belastet, nicht bloß zum Schiffszug, sondern auch zum Ein- und Ausladen, sowie zum Transport der Waaren zu den Schiffen und von den Schiffen bestimmt sind;

Daß hieraus nothwendig folgt, daß die Leinpfadsgerechtigkeit sich sowohl bei hohem, als bei niederem Wasserstande bis unmittelbar an das Flußwasser erstreckt;

Daß also auch, insoweit das Bedürfniß der Schifffahrt es erheischt, die Ein- und Ausladung der Schiffe auf dem fraglichen Terrain erfolgen kann, und die Appellaten zu diesem Zwecke über dasselbe ihren Weg zu nehmen berechtigt sind;

Daß daher die Klage, welche dahin geht, daß den Appellaten überhaupt das Ein- und Ausladen über dem fraglichen Terrain untersagt werde, als unbegründet erscheint; daß aber die Frage, ob es dem Appellaten gestattet sei, das fragliche Terrain *als einen förmlichen* Hafen oder ständigen Ein- und *Ausladungsplatz* zu benutzen, hier nicht zu erörtern ist, da hierauf die Klage nicht gerichtet und hierüber auch von den Appellanten nichts artikulirt worden ist;

J. E., daß in Beziehung auf die Garantieklage sich die Entscheidung des ersten Richters durch die von demselben ausgeführten Gründe vollständig rechtfertigt;

Aus diesen Gründen

verwirft der Kgl. Rh. A. G. H. die Berufung ꝛc. mit Strafe und Kosten.

I. Senat. Sitzung vom 6. Dezember 1852.

Advokaten: Forst — Racken — v. Hontheim.

Berufbarkeit. — Vindication eines Grundstücks.

Die Vindication eines Grundstücks bildet nur dann einen nicht appellabeln Gegenstand, wenn durch Pacht- oder Rentvertrag dargethan wird, daß die jährliche Revenüe desselben 1000 Fres nicht erreicht.

Sommer — Gemeinde Rhens.

Die Gemeinde Rhens vindizirte gegen Sommer ein Grundstück, enthaltend 4 Ruthen, welches sie in der Ladung des Stempels wegen als unter 50 Thlr. angab, nebst bezogenen und zu beziehen gewesenen Nutzungen, so wie einen näher

zu liquidirenden Schaden. Die Verhandlungen hatten, ohne daß Stempel angewendet ward, in der ersten Instanz statt, und qualifizirte das Kgl. Landgericht zu Coblenz die beiden Urtheile, die es erließ, als in letzter Instanz gesprochen. Sommer appellirte und machte die Gemeinde nunmehr die Einrede der mangelnden Appellationssumme und bemerkte, das Grundstück sei offenbar nicht 1000 Frcs. werth und ertrage nicht 50 Frcs. Er bezog sich auf Perrot I. §. 93 S. 243, Arch. 47, 1, 4. und Urtheil des III. Senats vom 3. Juni 1852 in Sachen Mayer — Köhler. Dies sei auch durch die Parteien anerkannt. Arch. 26, 1, 63. Der appellantische Anwalt behauptete: Nach Art. 453 der B. P. O. komme auf die Qualifikation des Urtheils durch den Richter I. Instanz nichts an. Berriat St. Prix. sage (sur l'appel Tom. II. tit. 2, note 14): Toutes les fois, qu'il y a du donte, on doit soumettre un jugement à l'appel. Es komme nichts auf den Werth des Immöbels an, Merl. Dernier ressort. VIII. Sirey 17, 2, 209. Der Ertrag müsse, wie das Gesetz es sage, durch Pacht- und Rentverträge bestimmt sein. Zu dem objet principal des Gesetzes vom 24. Aug. 1790 gehörten auch die vor der Klage verfallenen Nutzungen und der Schaden, die in der Klage enthalten und jedenfalls unbestimmt seien. Merl. Q. Dern. ressort X. Observ. de la Cour de cass. sur le projêt du Code de proc. 120. Sirey 14, 2, 375 und 385.

Die Unannehmbarkeitseinrede ward unterm 9. Dezember 1852 verworfen aus folgenden Gründen:

J. E., auf die Einrede der Unannehmbarkeit der Berufung, daß nach Art. 5 Titel 4 des Gesetzes vom 16. und 24. August 1790 die Landgerichte über dingliche Sachen in erster und in letzter Instanz entscheiden, wenn der Hauptgegenstand eine Revenüe von höchstens 50 Frcs. gewährt, die in Renten oder durch einen Pachtpreis bestimmt ist; daß also die Appellabilität in diesen Sachen lediglich von dem in der angegebenen Weise bestimmten Ertrage, und nicht von dem Werthe der Sache abhängig gemacht ist, und daß folglich dieser Ertrag, wenn er, wie untergebens, nicht in der vom Gesetze vorgeschriebenen Weise vorliegt, ein unbestimmter ist, und als solcher die Sache zur Berufung geeignet macht, ohne daß der Umstand, daß die Parteien in erster Instanz den Werth des Streitobjekts unter 50 Thlr. angeschlagen

haben, daran etwas zu ändern vermag, einmal, weil diese Veranschlagung lediglich des Prozeßstempels wegen gemacht ist, und dann, weil sie keinem der beiden Maaßstäbe angehört, welche das Gesetz zur Bestimmung des jährlichen Ertrages fordert.

II. Senat. Sitzung vom 9. Dezember 1852.

Advokaten: v. Hontheim — Rübsahmen.

Zweites Contumacialurtheil. — Opposition. — Sichtbare und nicht-ständige Servitut. — Begründung derselben zwischen zwei bisher in einer Hand vereinigten Grundstücken durch Veräußerung. — Art. 165 B. P. B. Art. 694 B. G. B.

Der Art. 165 B. P. O. hat nicht den Sinn, daß eine Partei in derselben Instanz nicht zweimal von dem Rechtsmittel der Opposition sollte Gebrauch machen können; er trifft vielmehr nur für den Fall zu, wo auf ein ergangenes Contumacialurtheil Opposition erfolgt, und der Opponent nicht erscheint, um die Opposition zu rechtfertigen, vielmehr ohne Weiteres ein zweites Contumacialurtheil gegen ihn ergeht; wenn daher zwischen dem ersten und zweiten Contumacialurtheil ein contradiktorisches Interlokut liegt, so kann auch gegen das letzte Contumacialurtheil noch Opposition erhoben werden;

Eine sichtbare, wenn auch nicht-ständige Servitut wird begründet, wenn der bisherige Eigenthümer zweier Grundstücke, zwischen denen sich ein äußeres Zeichen einer Servitut befindet, das eine Grundstück durch Akt unter Lebenden veräußert, ohne daß der Vertrag eine Bestimmung über die Servitut enthalte; der Art. 694 B. G. B. der dies verfügt, ist nicht auf den Fall zu beschränken, wo die beiden Grundstücke vor ihrer Vereinigung in der Hand des letzten gemeinschaftlichen Eigenthümers getrennt gewesen sind und zwischen ihnen eine rechtlich begründete Servitut bestanden hat.

Königl. Regierung zu Aachen. — Graf de Villers-Masbourg.

Die Kgl. Regierung zu Aachen ließ den Grafen de Villers-Masbourg vor das Kgl. Landgericht zu Aachen laden, um erkennen zu hören, daß sein Grundstück, welches neben dem Kgl. Walde Thiergarten gelegen, eine Wegegerechtigkeit aus diesem Walde zum Stetternicher Fahrwege zu dulden habe. Durch Contumacialurtheil vom 12. Oktober 1848 wurde dieser Klage gemäß erkannt.

Auf die hiergegen erhobene Opposition wurde durch contradiktorisches Urtheil vom 4. Januar 1849 Ortsbesichtigung verordnet und die Klägerin zum Beweise des 30jährigen Bestehens des fraglichen Weges vor 1804 zugelassen. Nach Erledigung dieses Beweisinterlokutes, erging sodann am 22. Januar 1852 ein neues Contumacialurtheil gegen den Beklagten, durch welches die Opposition gegen das erste verworfen wurde. Die nunmehr abermals eingelegte Opposition wurde darauf gestützt, daß der zugelassene Beweis nicht erbracht sei, daß es aber auch darauf nicht ankomme, da die beiden in Frage befangenen Grundstücke bis zum Jahre 1827 gemeinschaftliches Eigenthum des Domänenfiskus gewesen; daß dieser sich bei der damals stattgehabten Veräußerung des beklagtischen Grundstückes keine Servitut vorbehalten, und, da es sich von einer nicht-ständigen Servitut handle, folgeweise auch keine erworben habe. Von Seiten der Klägerin wurde ausgeführt, daß in dermaliger Lage der Sache nur die Frage zur Entscheidung kommen könne, ob der Beweis erbracht, was in der That nicht bezweifelt werden könne; daß aber, wenn der wirklich im Jahre 1827 stattgehabte Verkauf zur Erörterung kommen solle, dann schon dadurch eine Servitut begründet sei, indem schon damals das äußere Zeichen einer Servitut bestanden, und der Art. 694 B. G. B. auch auf nichtständige Servituten anwendbar sei.

Das Kgl. Landgericht zu Aachen nahm in seinem Urtheil vom 1. Mai 1852 an, daß der auferlegte Beweis unerheblich, und der Art. 694 B. G. B. von dem Fall zu verstehen sei, wo eine Servitut, die ein äußeres Zeichen habe, schon vor der Vereinigung des herrschenden und dienenden Grundstückes in einer Hand rechtlich bestanden, dann durch Confusion erloschen, und nunmehr in Folge der Veräußerung des einen

Grundstückes wieder aufleben solle, — und wies demnach die ursprüngliche Klage ab.

Gegen dieses Urtheil ergriff die Kgl. Regierung zu Aachen das Rechtsmittel der Berufung zum A. G. H., und führte zur Begründung derselben zunächst an, daß die letzte Opposition in einer, auch noch in der Appellinstanz zu rügenden Weise unzulässig gewesen, indem nach Art. 165 B. P. O. jede Partei wegen desselben Entscheidungsgegenstandes nur einmal opponiren könne, wie dies ausdrücklich von Chauveau sur Carré ad art. 165 Nro. 694, und implicite von dem Pariser Cassationshof (Sirey 1840, S. 770; und Sirey eod. S. 775) anerkannt sei. Zur Sache selbst entwickelte der Anwalt der Appellantin ausführlich die Gründe, welche für die Interpretation des Art. 694 B. G. B. sprechen, wonach auch bei *nicht-ständigen* Servituten, wenn nur ein äußeres Zeichen da ist, die Veräußerung des einen Grundstücks von Seiten des Eigenthümers beider die Begründung der Dienstbarkeit nach sich ziehe; und bezog sich für diese Ansicht auf die Urtheile im Archiv 26. 1. 236; 32. 1. 191; 38. 2. 65 u. Sirey 1837, 1. 916.

Der Appellationshof erließ folgendes reformatorische

Urtheil:

J. E., daß, soviel zunächst die Behauptung der Appellantin betrifft, daß die Opposition gegen das erstrichterliche Erkenntniß vom 22. Januar 1852 als unzulässig betrachtet werden müsse, das Rechtsmittel der Opposition gegen Contumacialurtheile zu den im gemeinen Rechte begründeten Rechtsmitteln gehört und daher überall für zulässig zu halten ist, wo solches durch das Gesetz nicht förmlich ausgeschlossen wird;

J. E., daß auch der von der Appellantin bezogene Art. 165 B. P. O. keineswegs sagt, daß eine Partei in der nämlichen Instanz nicht zweimal von dem Rechtsmittel der Opposition Gebrauch machen könne; daß derselbe seinem Sinne und Wortlaute nach vielmehr nur auf den Fall gerichtet ist, wo auf ein ergangenes Contumacialurtheil eine Opposition erfolgt, und nunmehr, weil der Opponent nicht erscheint, um die Opposition zu rechtfertigen, diese letztere durch ein ferneres Contumacialurtheil abgewiesen wird; daß der Art. 228 B. P. O. diese Auslegung bestätigt; daß es aber auch in der Natur der Sache liegt, daß unter solchen Voraussetzungen, wenn die gerichtliche Procedur sich nicht in einem Kreislaufe bewegen

soll, eine fernere Opposition gegen das zuletzt ergangene Contumacialurtheil um so weniger mehr gestattet sein kann, als die Präsumption, worauf die Zulässigkeit des Rechtsmittels der Opposition beruht, da jedenfalls cessiren muß, wo die in contumaciam verurtheilte Partei durch die Opposition ihre Kenntniß von dem gegen sie ergangenen Contumacialurtheile an den Tag gelegt hat, und es gleichwohl verabsäumt dieselbe vor dem Gerichte zu rechtfertigen; daß diese Voraussetzungen, mag man nun den Wortlaut des bezogenen Artikels oder seine Ratio ins Auge fassen, untergebens nicht vorhanden sind; nach dem Wortlaute nicht, weil auf die erste Opposition kein dieselbe abweisendes Contumacialurtheil (debouté de l'opposition) vielmehr ein contradiktorisches Urtheil, das Urtheil vom 4. Januar 1849 nämlich, erfolgt ist, welches die Beweisauflage nur auf Grund des erhobenen Einspruchs verfügen konnte; nach der Ratio nicht, weil nach einem contradiktorischen Interlokute ein neuer processualischer Abschnitt des Verfahrens beginnt, wodurch das demselben vorhergegangene Ausbleiben gedeckt wird, und worin, so gut wie in dem ersten Stadium des Verfahrens, neue Gründe des Ausbleibens gedacht werden können, wie denn auch eine constante Jurisprudenz das nach einem contradiktorischen Zwischenurtheile zur Sache selbst ergangene Erkenntniß, wenn es auf Ausbleiben der einen Partei erfolgt ist, überall nur als ein Contumacialurtheil betrachtet;

J. E., daß auch der Umstand, daß bei der Zulässigkeit wiederholter Oppositionen in einer und derselben Instanz eine übermäßige Kostenhäufung begünstigt werde, kein Motiv abgeben kann, ein in dem gemeinen Rechte begründetes Rechtsmittel zu beschränken;

J. E., daß nach diesem also die auf die Unzulässigkeit der Opposition gegen das Contumacialurtheil vom 22. Januar 1852 gegründete Behauptung der Appellantin jedenfalls der rechtlichen Stütze entbehrt;

J. E., daß, soviel sodann die fernere Behauptung der Appellantin betrifft, daß die erst bei der Verhandlung zu dem definitiven Erkenntnisse vom 1. Mai 1852 geltend gemachte appellatische Einrede, welche darauf gestützt war, daß nach Lage der Verhältnisse die beanspruchte Servitut durch Verjährung nicht habe erworben werden können, nach dem Stande des Prozesses der Beachtung nicht mehr fähig gewesen sei, diese Behauptung rechtlich eben wenig begründet erscheint, weil

die fragliche Einrede, als eine peremtorische, noch in jeder Sachlage vorgebracht werden konnte und auch die interlokutorische Entscheidung vom 4. Januar 1849 ihrer Würdigung nicht im Wege stand, da der Richter in definitivo von seinem Interlokute abzugehen stets befugt ist;

J. E., daß die nach dem Zeugenverhöre und der Ortsbesichtigung zwischen den Grundstücken der Parteien bestehende Brücke, sowie der auf dem Grundstücke des Appellaten befindliche Grasstreifen unzweifelhaft als äußere Merkmale für die von der Appellantin beanspruchte Wegegerechtigkeit zu betrachten sind;

Daß auch füglich nicht zu bezweifeln ist, daß diese äußern Merkmale schon im Jahre 1827, zur Zeit der Veräußerung des angeblich dienenden Grundstücks an den Appellaten, bestanden haben; daß der Veräußerungsvertrag eine Bestimmung rücksichtlich der fraglichen Wegegerechtigkeit nicht enthält; daß hiernach also die Voraussetzungen vorhanden sind, unter denen der Art. 694 B. G. B. den bei der Veräußerung bestehenden, ein Verhältniß der Dienstbarkeit anzeigenden äußern Zustand in einen rechtlichen übergehen läßt; daß die Bestimmung jenes Artikels für sich klar ist, und eine von den Art. 692 und 693 ibidem ganz unabhängige Verfügung enthält; daß es bei der Allgemeinheit seiner Fassung an einem zureichenden Grunde fehlt, den Inhalt desselben mit dem ersten Richter auf den von dem Tribunats-Redner Abbisson hervorgehobenen Fall zu beschränken; daß, wenn dies die Absicht des Gesetzes gewesen wäre, der Art. jedenfalls in anderer Fassung da stehen würde und als Bedingung seiner Anwendbarkeit die Existenz des für die Servitut sprechenden äußeren Merkmals in dem mit der Vereinigung der früher getrennten Grundstücke in einer Hand zusammenfallenden Zeitpunkte nothwendig verlangen müßte;

J. E., daß die erhobene Klage hiernach allerdings für begründet zu erachten ist, und der erste Richter solche mit Unrecht aus dem Grunde abgewiesen hat, weil weder artikulirt, noch dargethan worden, daß der Thiergarten und der Hambacher-Hof vor ihrer Vereinigung in den Händen des Fiskus jemals verschiedene Eigenthümer gehabt habe;

J. E., daß der Appellat auf die erhobene Berufung einen Anwalt nicht bestellt hat;

Aus diesen Gründen

verwirft der Kgl. Rh. A. G. H. unter Reformation des Urtheils des Kgl. Landgerichts zu Aachen vom 1. Mai 1852 und zwar in contumaciam gegen den Appellaten, den Einspruch wider das Contumacialurtheil desselben Gerichts vom 22. Januar 1852 als unbegründet 2c.

III. Senat. Sitzung vom 15. Dezember 1852.

Advokat: Nacken.

Gemeinschaftlichkeit einer Scheidemauer. — Präsumption.

Die Präsumption des Art. 653 des B. G. B. gilt auch dem gegenüber, welcher im Possessorium im ausschließlichen Besitz der Scheidemauer gehandhabt worden ist. *)

Bonn — Hamspohn.

Die Parteien besitzen hinter ihren Häusern auf der Hochstraße zu Köln Gärten, welche durch eine Scheidemauer getrennt sind. Bonn errichtete auf dieser Mauer einen Schuppen, behauptend, dieselbe gehöre ihm ausschließlich. Hamspohn klagte possessorisch, ward aber abgewiesen. Er erhob nun die petitorische Klage gegen Bonn, worauf das Landgericht zu Köln dem Kläger einen Beweis über die Gemeinschaftlichkeit der Mauer aufgab, den es durch Urtheil vom 8. Nov. 1850 für erbracht erklärte. In diesem Urtheile ging das Landgericht von der Ansicht aus, daß dem Kläger die Präsumption des Art. 653 des B. G. B. zur Seite stehe und daß es dem Beklagten nicht gelungen sei nachzuweisen, daß er ausschließlicher Eigenthümer der Mauer sei.

Bonn legte die Berufung ein. Sein Anwalt führte an: durch die Art. 3 und 38 der B. P. O. sei die Gemeinschaftlichkeit der Scheidemauern dem Possessorium unterworfen, es müsse dieses seine gewöhnliche Wirkung haben, daß es den Sieger vom Beweise im Petitorium entbinde (possessio relevat ab onere probandi). Wofür sei denn überhaupt das Possessorium durchgemacht, wenn nicht, um dem Kläger im Petitorium die Beweislast aufzuwälzen. Die Entscheidung im Possessorium habe die Präsumption der Gemeinschaftlichkeit

---

*) Sirey-Gilbert ad art. 653 Nro. 7.

aufgehoben, eine vollständige Präscription sei zur Aufhebung der Präsumption nicht nöthig, dies sehe man aus Art. 666 des B. G. B. Der Art. 870 sei nur auf seinen Fall zu beschränken; der Beklagte Bonn habe ebensogut die Vermuthung des Eigenthums der Mauer für sich, wie der im Possessorium geschützte Besitzer eines sonstigen Grundstücks, Hamspohn müsse ebensogut sein Miteigenthum beweisen, wie der Eigenthümer eines Grundstücks, dessen Freiheit von der Servitut beweisen müsse, wenn der Beklagte im Possessorium in der Ausübung der Servitut gehandhabt worden. Von Seiten des Appellaten ward bemerkt: die Präsumption der Gemeinschaftlichkeit könne nur durch titre, marques du contraire oder einen Besitz aufgehoben werden, der einem Titel gleich komme, d. h. einen 30jährigen, wie das im Art. 670 gesagt sei; im Art. 654 und 666 verstehe es sich von selbst, weil die Verjährung ein allgemeiner Grund sei, Rechte zu erwerben und zu verlieren. Wollte man einem einjährigen Besitz diese Wirkung beilegen, so würde man den Richter im Possessorium zum Richter über das Recht selbst machen, was nach Art. 25 der B. P. O. nicht gehe. Aus den Art. 3 und 38 ibid. folge bloß die Zulässigkeit der possessorischen Klagen, die Wirkung derselben sei, daß der Sieger im Besitz bleibe und nichts mehr. Uebrigens sei Bonn gar nicht im ausschließlichen Besitz der Mauer gehandhabt, sondern es sei ihm nur gestattet, den Schuppen so zu lassen, wie er ihn im letzten Jahre hatte; die Präsumption des Art. 653 stehe ausdrücklich im Gesetz und sei für die Materie speziell, müsse also über die im Gesetz nicht ausdrücklich stehende allgemeine Präsumption, die den possessor ab onere probandi relevire, triumphiren. Dieser Satz sei übrigens auch noch zweifelhaft, da Argentrée und Dumoulin z. B. sagten: Possessio contra jus non relevat ab onere probandi; quasi-possessio non relevat ab onere probandi in servitute reali, weswegen denn auch der Appellhof constant entscheide, daß immer die Präsumption gegen den Confessorienkläger bei Realservituten spreche, auch wenn er sich im Besitz befinde.

Der Appellhof verwarf die Berufung und erwog über obige Frage, wie folgt:

J. E., daß der Art. 653 des B. G. B. die gesetzliche Vermuthung aufstellt, daß jede Scheidemauer zwischen Gärten als gemeinschaftlich angesehen werden solle und den Nach-

weis des Gegentheils nur durch Urkunden oder Zeichen verstattet, daß daraus, daß außer den Zeichen nur Urkunden für zulässig erklärt sind, von selbst folgt, daß auch nur ein einer Urkunde gleichstehender oder mit andern Worten ein zur Acquisitivverjährung geeigneter Besitz in dieser Hinsicht in Betracht kommen kann und der Annalbesitz also nicht genügt, um die gesetzliche Vermuthung des erwähnten Artikels aufzuheben, u. s. w.

III. Senat. Sitzung vom 15. Dezember 1852.
Advokaten: Müller — v. Hontheim.

Ehefrau. — Klagerecht wegen ihres persönlichen Vermögens. — Authorisation des Ehemannes.

Mobilarklagen, welche das persönliche Vermögen einer übrigens in Gütergemeinschaft lebenden Ehefrau betreffen, kann nur der Ehemann, nicht auch die Frau unter Authorisation des Mannes, anstellen. Art. 1428 B. G. B.

Schnee — Rosen.

Der Notar Rosen hatte auf Anstehen der Eheleute Ohligs eine Immobilarversteigerung abgehalten und sonstige Geschäfte derselben besorgt, wofür er denselben rechnungspflichtig war. Die Ehefrau Schnee wurde Universalerbin der Eheleute Ohligs in Folge eines Testaments, in welchem ausdrücklich bestimmt war, daß Alles, was sie an Mobilar oder Immobilar erben werde, ihr alleiniges und persönliches Eigenthum sein und nicht in die Gütergemeinschaft, welche zwischen ihr und ihrem Ehemanne bestehe, fallen solle. Gestützt auf dieses Sachverhältniß stellte sie unter Authorisation ihres Ehemannes gegen den Notar Rosen eine Klage auf Rechnungslage an, welcher Seitens des Verklagten entgegengesetzt wurde, diese Klage könne nicht von der Frau unter Authorisation des Mannes, sondern nach der Bestimmung des Art. 1428 B. G. B. nur von dem Manne selbst angestellt werden. Das Kgl. Landgericht zu Aachen ging in seinem Urtheile vom 8. Mai 1850 auf dieses System ein, indem es schließlich noch erwog, daß dem Beklagten nicht zugemuthet werden könne, sich auf eine von der Frau wegen

ihres persönlichen Vermögens, dessen Verwaltung dem Manne zustehe, allein angestellte Klage während der Gütergemeinschaft einzulassen, weil er dadurch in Gefahr gerathe, einen neuen Prozeß über denselben Gegenstand mit dem Manne führen zu müssen, wenn dieser seine Verwaltungs- und Nutznießungsrechte geltend machen wolle, da das zwischen der Frau und dem Beklagten erlassene Urtheil für den Mann nicht die Wirkung der abgeurtheilten Sache habe.

Gegen dieses die Klage angebrachtermaßen abweisende Urtheil legte die Ehefrau Schnee, wiederum unter Authorisation ihres Mannes, die Berufung ein, zu deren Rechtfertigung sie durch ihren Anwalt auszuführen suchte, daß aus der Bestimmung des Art. 1428 B. G. B., wonach der Mann eine der Frau zustehende Mobilarklage anstellen könne, noch *nicht folge*, daß die Frau selbst solche unter Authorisation ihres Ehemannes nicht ebenfalls einzuleiten berechtigt sei und daß wohl auch der Mann das Ergebniß einer unter seiner Authorisation angestellten Klage gegen sich werde gelten lassen müssen, obwohl es an und für sich richtig sei, daß hier von einer eigentlichen res judicata gegen den Ehemann nicht die Rede sei.

Der A. G. H. verwarf jedoch die Berufung durch folgendes

Urtheil:

J. E., daß aus der Bestimmung des Art. 1428 B. G. B., nach welcher der Ehemann die dort bezeichnete Klage allein d. h. ohne Zuziehung der Frau anstellen kann, an und für sich ein ausschließliches Klagerecht desselben nicht folgt, indem hier über die Befugnisse der Frau in dieser Hinsicht nicht entschieden wird;

Daß indeß in dem gegebenen Falle dem Ehemanne durch das Gesetz die Verwaltung der Güter der Frau eingeräumt ist und ihm mithin alle die Rechte zustehen, die im Allgemeinen mit der legalen Administration verknüpft sind, zu diesen aber unzweifelhaft die Befugniß zur Anstellung jener Klagen gehört, wie solches in der angeführten Gesetzesstelle ausdrücklich anerkannt wird;

Daß der Mann sowenig überhaupt auf die gesetzliche Verwaltung verzichten, wie jenes Klagerecht auf die Frau übertragen kann, beides aber offenbar durch die Authorisation zur Klage und die dadurch eingeräumte selbstständige Be-

handlung der den Gegenstand derselben bildenden Angelegenheit herbeigeführt werden würde; *)

Daß der Verklagte unbestreitbar ein Interesse hat, den Mangel der Activlegitimation und einer vollgültigen Authorisation, auf den sich der Ehemann selbst eventuell würde berufen können, zu rügen, und daß folglich die Entscheidung des ersten Richters in Bezug auf die vorgebrachte Einrede gerechtfertigt erscheint.

Aus diesen Gründen

verwirft der A. G. H. die Berufung von dem Urtheile des Kgl. Landgerichts zu Düsseldorf vom 8. Mai 1850 unter Verurtheilung der Appellantin in Strafe und Kosten.

I. Civil-Senat. Sitzung vom 20. Dezember 1852.
Advokaten: Esser — Widenmann.

Rechnungslegung. — Ordonnanz des Richterkommissars. — Frist. — Provisorische Verurtheilung.

Das Recht des Rechnungsnehmers, auf Grund des Art. 534 B. P. O. die Festsetzung einer provisorisch zu exequirenden Summe gegen den Rechnungsleger zu verlangen, tritt ein, wenn der letztere innerhalb der ihm durch das Urtheil bestimmten Frist keinen Termin des Richterkommissars zur Rechnungslage erwirkt hat, und es bedarf dazu nicht der vorgängigen Erwirkung dieses Termines durch den Rechnungsnehmer.

Diesen Rechtssatz hat der A. G. H. in kurzen Zwischenräumen zweimal ausgesprochen, und zwar einmal durch ein reformatorisches, das andere Mal durch ein confirmatorisches Urtheil, jedesmal in Uebereinstimmung mit dem Antrage des öffentlichen Ministeriums.

---

*) Einen andern Grund für die Entscheidung des A. G. H. könnte man vielleicht noch aus der Bestimmung des Art. 1576 B. G. B. herleiten, da dieser ausdrücklich nur der nach Dotalrecht verheiratheten Frau das Recht verleiht, Klagen, welche ihr Paraphernalgut betreffen, unter Authorisation ihres Ehemannes, resp. des Gerichtes anzustellen.



I. Fall.

Beckers — Köln-Münster Vieh-Versicherungs-Verein.

Appellant war Haupt-Agent des appellatischen Vereins; auf die Klage des letzteren verurtheilte das Landgericht zu Köln denselben durch Urtheil vom 21. Februar 1852 zur Rechnungslage über seine Geschäftsführung und bestimmte die Frist zur Rechnungs-Ablage auf 3 Wochen. Nachdem dieses Urtheil sowohl dem Anwalte wie der Partei selbst zugestellt worden und die dreiwöchentliche Frist abgelaufen war, ohne daß Beckers Schritte zur Erwirkung der Ordonnanz des Rechnungskommissars gethan hatte, ließ der Anwalt des Vereins ihn in die Sitzung laden, um sich zur Zahlung von 1148 Thlr. 17 Sgr. verurtheilen und den Verein authorisiren zu hören, ihn bis zum Belaufe dieses Betrags mit Zinsen in seinem Vermögen zu exequiren. Beckers bestritt die Zulässigkeit dieses Antrags, weil es Sache des Vereins, als Rechnungsnehmers, gewesen sei, selbst einen Termin zur Rechnungs-Ablage beim Richterkommissar zu erwirken, und eher nicht von einer Contumacia seiner Seits die Rede sein könne, als wenn er in diesem Termine, obschon dazu vorgeladen, nicht erschienen wäre. Zugleich legte er eine nachträglich erwirkte Ordonnanz des Richterkommissars vor, um damit seine Bereitwilligkeit zur Rechnungslage darzuthun.

Durch Urtheil vom 15. Juni 1852 erkannte das Landgericht nach dem Antrage des Vereins wie folgt:

J. E., daß Verklagter durch Urtheil hiesiger Stelle vom 21. Februar 1852 dem klagenden Vereine gegenüber verurtheilt worden ist, über die, für ihn vom 16. November 1848 bis 16. November 1851 geführte Verwaltung der Haupt-Agentur Köln binnen einer Frist von drei Wochen Rechnung zu legen;

Daß dieses Urtheil dem Verklagten unter dem 8. Mai 1852 insinuirt worden;

Daß er innerhalb der judikatmäßigen Frist seit Zustellung dieses Urtheiles der ihm gemachten Auflage der Rechnungslage in keiner Weise nachgekommen, vielmehr erst, nachdem er unterm 4. Juni 1852 vorgeladen worden, um im Sinne des Art. 534 der B. P. O. sich verurtheilen zu hören, unter dem 8. deff. M. beim Kommissar einen entfernten Termin zur Präsentation und Affirmation der Rechnung extrahirt hat;

J. E., daß der Art. 534 der B. P. O. demjenigen, zu dessen Gunsten ein Urtheil auf Rechnungslegung ergangen, die unbeschränkte Befugniß einräumt, sofort nach Ablauf der in dem Urtheile festgesetzten Frist, den mit der Rechnungslage im Verzuge befindlichen Rechnungspflichtigen zur Rechnungsstellung dadurch zu zwingen, daß er durch das Gericht eine Summe festsetzen läßt, bis zu deren Betrage ihm provisorisch gegen den Säumigen die Exekution gestattet werde;

Daß hiernach der Antrag des klagenden Vereins, insofern er dahin gerichtet ist, ihn zu authorisiren, den Verklagten bis zum Betrage von einer zu arbitrirenden Summe in seinem Vermögen zu exequiren, gerechtfertigt erscheint, indem Verklagter dadurch, daß er, nachdem er einmal in moram versetzt worden war, anstatt Rechnung zu legen, einen entfernten Termin zur Präsentation und Affirmation extrahirte, dem Kläger um soviel weniger das ihm mit dem Momente des Ablaufs der dreiwöchentlichen Frist erworbene Recht, sich durch Erwirkung eines Zwangsmittels die Rechnungslegung zu sichern, entziehen konnte, als durch die bloße Erwirkung eines Präsentationstermins für den Kläger nicht die geringste Garantie gegeben, daß in jenem Termine die Rechnung wirklich gelegt werde;

J. E., daß auch die vom Kläger beantragte Summe im Wesentlichen der Sache angemessen erscheint, und unter Zugrundlegung dieser die Exekutionssumme festzustellen ist;

J. E., daß hingegen der Antrag des Klägers den Verklagten schon jetzt definitiv zur Zahlung einer bestimmten Summe zu verurtheilen, im Gesetze nicht begründet wird, da namentlich der Schlußsatz des Art. 534 keineswegs mit der Mora des Rechnungspflichtigen die Wirkung verbindet, das auf Rechnungslage lautende Urtheil aufzuheben, vielmehr das Recht und die Verpflichtung des Rechnungspflichtigen bestehen läßt, durch die Rechnungsaufstellung das effektive Reliquat festzustellen.

Aus diesen Gründen

authorisirt das Kgl. Landgericht I. Civilkammer den klagenden Verein, den Beklagten bis zum Betrage einer Summe von 1000 Thlr. in seinem Vermögen zu exequiren.

Von diesem Urtheile appellirte Beckers und berief sich zur Unterstützung seiner auch in erster Instanz geltend gemachten

Ansicht auf Chauveau-Carré Nro. 1865. Der Appellat bestritt die Anwendbarkeit dieses Citats und behauptete, daß dasselbe nur den Fall im Auge habe, wo der Rechnungsnehmer ein Interesse habe, die Rechnungslage zu erzwingen in der Voraussicht, daß ihm dadurch mehr zuerkannt werden würde, als auf dem Wege des Provisoriums, daß der Autor also nur habe sagen wollen, daß jede Partei das Recht habe, einen Termin vor dem Rechnungskommissar zu erwirken.

Der Hof erkannte jedoch konfirmatorisch, im Wesentlichen aus den Gründen des ersten Richters.

I. Senat. Sitzung vom 11. Januar 1853.

Advokaten: Racken — Herbertz.

II. Fall.

Häuser — Decker.

Urtheil:

J. E., daß der Appellat keinen Anwalt bestellt hat und daher in contumaciam gegen ihn zu erkennen ist;

J. E., daß der Art. 534 der B. P. O. in seinem ersten Theile bestimmt, daß der Rechnungsleger innerhalb der durch das Urtheil bestimmten Frist und an dem von dem Richterkommissar bestimmten Tage die Rechnung legen soll, — daß ihm hiernach überlassen bleibt, die Ansetzung eines Termines innerhalb der bestimmten Frist bei dem Richterkommissar nachzusuchen; — daß aber der zweite Satz dieses Artikels an den einfachen Ablauf der bestimmten Frist das Präjudiz der Beschlagnahme für eine zu arbitrirende Summe knüpft, — der Rechnungsnehmer also, nachdem er das Urtheil hat zustellen lassen, den Eintritt dieses in der Hand des Rechnungslegers liegenden Frist-Ablaufs abwarten kann, um die daran geknüpfte Folge für sich in Anspruch zu nehmen, da auch kein Gesetz ihm zur Pflicht macht, seinerseits die von dem Rechnungsleger versäumte Erwirkung eines Termines nachzuholen.

Aus diesen Gründen

reformirt der Rh. A. G. H. in contumaciam gegen den Appellaten das Urtheil des Kgl. Landgerichts zu Saarbrücken vom 1. Juni 1852 und erkennt an dessen Statt, daß der Appellat durch Beschlagnahme einer Summe von 650 Thlr. zur Rechnungslage anzuhalten, gestattet ferner die Körper-

haft zur Beitreibung dieser Summe gegen den Appellaten und verurtheilt denselben in die Kosten beider Instanzen, u. s. w.

I. Senat. Sitzung vom 20. Dezember 1852.

Advokat: Müller.

Expropriation des öffentlichen Nutzens wegen. — Entschädigung.

Dem Eigenthümer, welchem ein Theil seines Eigenthums des öffentlichen Nutzens wegen expropriirt wird, muß nicht nur der Werth des ihm entzogenen Grund und Bodens, sondern auch der Nachtheil ersetzt werden, der ihm durch die Anlage, für welche die Expropriation statt hat, an dem ihm verbleibenden Eigenthum erwächst. Wenn daher in Folge der Anlage einer Eisenbahn, welche mit einem Einschnitt das Eigenthum durchschneidet, der Brunnen des Expropriirten versiegt, so muß hierfür Ersatz geleistet werden, und es ist gleichgültig, ob gerade der in dem Eigenthum des Expropriirten angebrachte Einschnitt diesen Nachtheil herbeigeführt hat.

Aachen-Mastrichter Eisenbahngesellschaft — Prömper.

Die Aachen-Mastrichter Eisenbahn durchschneidet das Besitzthum des Wirthen Prömper zu Hotz, indem sie mit einem Einschnitt von 40 Fuß Tiefe durch den Garten desselben geht. Während des Prozesses über die Entschädigung versiegte der nicht weit von dem Einschnitt entfernte, auf dem Hofe des Prömper gelegene Brunnen, und bei den verschiedenen Verhandlungen wurden deßfalls Vorbehalte gemacht. Nachdem mehrere Versuche, durch Bohrungen in dem Brunnen das Wasser zu erhalten, gescheitert waren, klagte Prömper beim Landgerichte zu Aachen auf Ersatz des Schadens, der ihm durch das Versiegen des Brunnens erwachsen sei. Die Eisenbahngesellschaft bestritt diesen Anspruch im Princip; das Kgl. Landgericht beließ aber durch Urtheil vom 19. Februar 1852 den Prömper zum Beweise über die seiner Klage zu Grunde gelegten faktischen Behauptungen.

Zur Begründung der gegen dieses Urtheil eingelegten Berufung führte die Eisenbahngesellschaft an: daß sie, Appellantin, durch die Expropriation vom 10. März 1847 Eigenthümerin des expropriirten Grund und Bodens geworden sei, und die deßfalls zu leistende Entschädigung definitiv in dem frühern Prozesse festgesetzt und gezahlt sei, daß jeder Eigenthümer auf seinem Grund und Boden beliebige Anlagen oder Einschnitte machen und den Brunnen des Nachbars abgraben könne, wenn auch der benachbarte Eigenthümer Schaden darunter leide, und daß daher der Appellat, der nunmehr ein Nachbar der Eisenbahngesellschaft sei, wegen des angeblichen Versiegens seines Brunnens keine Schadensforderung erheben könne, daß die Appellantin durch keine sonstige Handlung dem Brunnen des Klägers Schaden zugefügt, noch ihre Pflicht zum Ersatz anerkannt habe; daß aber auch die desfallsige Klage nicht einmal als Expropriations-Entschädigungs-Klage zu betrachten sei, wie dies die frühere Procedur ergebe, und daß endlich, wenn dies auch wirklich der Fall sei, der Anspruch des Appellaten dennoch nicht gerechtfertigt erscheine, da er nicht nachweisen könne und die Appellantin nicht zugebe, daß der jüngere Eisenbahneinschnitt, welcher sich durch viele andere Nachbarparzellen hinziehe, gerade auf dem gegen ihn expropriirten Grund und Boden durch Abschneidung einer Wasserader oder Ableitung eines Zuflusses Veranlassung des Versiegens des Brunnens geworden sei.

Hiergegen wurde von Seiten des Appellaten bemerkt, daß der gegenwärtige Schadens-Anspruch allerdings eine Entschädigungs-Forderung aus der Expropriation darstelle und sogar in der früheren Procedur als solchen vorbehalten worden sei, daß bei diesem Anspruche nicht die Grundsätze von dem Rechte des einen Nachbars dem andern gegenüber zur Anwendung kommen könnten, daß vielmehr die expropriirende Eisenbahngesellschaft allen denjenigen Schaden ersetzen müsse, den sie durch die zwangsweise Entäußerung und durch die Anlage, Behufs welcher diese Entäußerung geschehe, dem Expropriirten zufüge und daß es deßhalb auch gleichgültig sei, ob der Schaden durch den Einschnitt auf dem gegen den Appellaten expropriirten Boden oder überhaupt durch die Eisenbahn-Anlage zugefügt sei.

Der Appellationshof erließ folgendes bestätigende

Urtheil:

J. E., daß der Appellat gezwungen worden ist, einen Theil seines Eigenthums des öffentlichen Nutzens wegen und zwar Behufs der Anlage einer Eisenbahn, welche mit einem Einschnitte von 40 Fuß Tiefe durch sein Grundstück geht, abzutreten; daß zu der ihm hierfür gebührenden Entschädigung nicht nur der Werth des ihm entzogenen Bodens, sondern auch der Ersatz der Nachtheile gehört, die ihm durch die Anlage der Eisenbahn an dem ihm verbliebenen Eigenthum erwachsen sind, und demnach eine nähere Untersuchung der Frage, ob gerade der in dem früheren Eigenthum des Appellaten angebrachte Einschnitt diese Nachtheile verursacht hat, nicht weiter erforderlich ist; daß wenn daher dem Appellaten durch den fraglichen Einschnitt das Wasser aus einem Brunnen entzogen worden sein sollte, der auf dem ihm verbliebenen Theile des Grundstücks und zwar hinter seinem Wohnhause sich befand, er offenbar berechtigt ist, für diesen Nachtheil Ersatz resp. Entschädigung zu verlangen; daß dieser Anspruch dem Appellaten auch in dem Urtheile hiesiger Stelle vom 17. Juli 1851 keineswegs aberkannt, sondern vorbehalten worden ist, indem in den Erwägungsgründen die Entschädigung des Appellaten, abgesehen von seiner Forderung wegen des Brunnens, gewürdigt und dabei ausgesprochen wurde, daß zwar diese letztere ebenfalls einen aus der Expropriation hergeleiteten Entschädigungs-Anspruch bilde, den der Appellat bereits in erster Instanz zur Sprache gebracht und dessen Geltendmachung er sich damals vorbehalten habe, daß aber wegen der Verschiedenheit der Begründung dieser erst in zweiter Instanz wirklich geltend gemachten Forderung von den übrigen in Streit befangenen Entschädigungs-Ansprüchen, der Eisenbahngesellschaft das Recht auf Entscheidung in zwei Instanzen nicht entzogen werden könne und daher der Anspruch dem in erster Instanz gemachten Vorbehalte gemäß in separato geltend zu machen sei;

J. E., daß nun auf den Grund der Feststellungen der verschiedenen Experten, sowie der von der Appellantin in erster Instanz abgegebenen Erklärung, wonach sie die von dem Appellaten aufgestellten Thatsachen nur insoweit bestritten hat, als daraus gefolgert werden solle, daß der Wasserverlust Folge der Brunnen-Arbeiten und nicht des Einschnittes sei, es als hinreichend erwiesen betrachtet werden muß, daß die Anlage

der Eisenbahn resp. der damit verbundene Einschnitt das Versiegen des Brunnens herbeigeführt habe; daß es daher auf den vom Appellaten dieserhalb subsidiarisch erbotenen Beweis nicht weiter ankommen kann;

J. E. ferner, daß, wenn hiernach die Verbindlichkeit der Appellantin zum Ersatz resp. zur Entschädigung begründet erscheint, der Richter erster Instanz Behufs Feststellung des Schadens mit Recht den Appellaten zu dem von ihm erbotenen Beweise zugelassen hat, und für die Appellantin hierin um so weniger ein Grund zur Beschwerde gefunden werden kann, als es ihm unbenommen bleibt, durch unbedingtes Zugeständniß der einzelnen Thatsachen die desfallsige Beweisführung zu beseitigen; daß daher die Berufung als unbegründet verworfen werden muß, und der Appellantin die Kosten dieser Instanz zur Last zu legen sind.

Aus diesen Gründen

verwirft der Kgl. Rh. A. G. H. die gegen das Urtheil des Kgl. Landgerichts zu Aachen vom 19. Februar 1852 eingelegte Berufung und verurtheilt die Appellantin in die gesetzliche Succumbenzstrafe, sowie in die Kosten dieser Instanz.

III. Senat. Sitzung vom 22. Dezember 1852.

Advokaten: Forst — Nacken.

Jülich-Bergisches Statutarrecht. — Erbe. — Schulden.

Nach Jülich-Bergischem Statutarrechte haftet nach Auflösung der ehelichen Gütergemeinschaft der Immobilarerbe für die Mobilarschulden nur in subsidium, nach vergeblich geschehener Vorausklage des überlebenden Ehegatten als Mobilarerben; zur Beseitigung dieses Rückgriffs des Gläubigers genügt es aber nicht, daß beim Tode des Schuldners hinreichendes Mobilarvermögen vorhanden gewesen ist, insofern ihm nicht etwa eine schuldbare Verzögerung in der Verfolgung des Mobilarerben zur Last fällt.

Klophaus — Mannes.

Samuel Meigen schuldete der Handlung Gebr. Mannes u. Sohn aus Handelsgeschäften ungefähr 1000 Thlr. Er

starb im November 1846 mit Hinterlassung einer Wittwe, mit welcher er sich unter Herrschaft des Bergischen Statuts verheirathet hatte, und einer noch minderjährigen Enkelin. Unterm 29. März 1847 erkannte die Wittwe Meigen jene Schuld in einer notariellen Urkunde an, und versprach dieselbe mit 4 Prozent zu verzinsen. Bald darauf gerieth die Handlung Gebr. Mannes u. Sohn in Fallimentszustand; die Syndiken dieser Fallitmasse erwirkten unterm 8. Juli 1848 gegen die Wittwe Meigen beim Kgl. Handelsgerichte zu Elberfeld ein Urtheil für jene Schuld, welches sie durch Mobilarexecution und Drittarreste zu vollstrecken suchten, jedoch ohne Erfolg. Sie erhoben daher beim Kgl. Handelsgerichte zu Elberfeld gegen die Enkelin des Samuel Meigen, als dessen Immobilarerbin, Klage auf Zahlung jener Schuld, und erwirkten auch hierfür, nachdem zunächst durch Urtheil vom 11. Oktober 1851 die Mittheilung ihrer Handelsbücher verordnet worden war, unterm 25. Oktober 1851 ein condemnatorisches Urtheil. Hiergegen ergriff der Vormund der Minderjährigen, Klophaus, die Berufung zum Rh. A. H., und suchte in Bezug auf den hier allein zu erörternden Punkt auszuführen, daß, wenn auch dem Gläubiger einer Mobilarschuld ein Klagerecht gegen den Immobilarerben zustehe, wofür indeß keine gesetzliche Bestimmung des einschlagenden Statutarrechts angeführt werden könne, ihm doch dieses Recht nur subsidiarisch zustehe, und er dasselbe verloren habe, wenn er es unterlassen, sich an den bei Auflösung der Gütergemeinschaft vorhandenen Mobilarbestand zu halten; dies werde untergebens behauptet, und durch ein producirtes Inventar nachgewiesen.

Für die Appellaten wurde dagegen ausgeführt: der Gläubiger könne sich an das ganze Vermögen seines Schuldners, sowie an die Gütergemeinschaft halten, und wenn auch die nach dem Bergischen Recht eintretende Sonderung der Mobilar- und Immobilarforderungen zunächst die Folgerung für den Mobilargläubiger habe, daß er sich vorerst an den Mobilarerben halten müsse, so stehe ihm nach dessen vergeblicher Vorausklage immer der Rückgriff gegen den Immobilarerben zu, selbst wenn beim Tode des Schuldners hinreichendes Mobilarvermögen vorhanden gewesen, in der Hand des Mobilarerben aber verloren gegangen sei (Arch. 5, 1, 282. — 13, 1, 120. — Reuß, Güterrecht. S. 190.); übrigens beweise das producirte Inventar, daß schon beim Tode des Samuel

Meigen die Passiva den Aktivis gleichgestanden; eine Versäumniß in der Verfolgung ihrer Rechte könne ihnen aber nicht vorgeworfen werden.

Der Rh. A. H. erkannte hierüber, in Uebereinstimmung mit dem Antrage des öffentl. Ministeriums, durch folgendes

Urtheil:

J. E. anlangend die erste Beschwerde, daß die Bergische Rechtsordnung in den Cap. 74 und 95 sich zwar rücksichtlich der Theilung der Gütergemeinschaft darüber ausgesprochen hat, wem das Immobilar- und wem das Mobilarvermögen zufällt, nicht aber auch darüber, von wem die gütergemeinschaftlichen Schulden zu tragen sind; daß diese Lücke allerdings von der Wissenschaft und dem Gerichtsgebrauche nach Analogie der im Cap. 95 enthaltenen Unterscheidung zwischen Mobilar- und Immobilarforderungen durch die Entscheidung ausgefüllt worden ist, daß die Schulden, je nachdem sie der einen oder andern Kathegorie angehören, entweder vom überlebenden Eheaatten, dem das Mobilar zufiel, oder aber den Immobilarerben getragen werden müssen; daß indeß diese Entscheidung nur auf das Verhältniß der Erben des vorverstorbenen Ehegatten zu dem Ueberlebenden Bezug hat, und das Recht des Gläubigers, seine Befriedigung in dem ganzen gütergemeinschaftlichen Vermögen zu suchen, nur insoweit berührt, als der Gerichtsgebrauch sich weiter dahin entschieden hat, daß die Immobilarerben für Mobilarschulden nur in subsidium, nämlich nach geschehener Vorausklage oder völliger Zahlungsunfähigkeit des Mobilarerben angegangen werden können; daß im untergebenen Falle das Handlungshaus Mannes u. Söhne, resp. dessen Falliment, die Wittwe von Samuel Meigen für die fragliche Schuld, nachdem es sich unterm 29. März 1847 ein Anerkenntniß derselben verschafft hatte, ausweise des Urtheils des Handelsgerichts zu Elberfeld vom 8. Juli 1848 und der auf Grund desselben vorgenommenen Executionsakte eingeklagt und soweit möglich exequirt hat; daß daher die Bedingung vorhanden war, welche das appellatische Falliment berechtigte, die Appellantin in Anspruch zu nehmen; daß der fernere Einwand der Appellantin, es sei beim Tode des Samuel Meigen ausreichendes Mobilarvermögen zur Befriedigung des Handlungshauses Mannes

u. Söhne vorhanden gewesen und genüge dieser Umstand, um dasselbe seines Rückgriffs gegen sie verlustig zu machen, sich schon dadurch widerlegt, daß eine solche Verlustigung von der erwähnten Jurisprudenz nirgend anerkannt ist, und auch nach gemeinem Rechte höchstens dann eintreten könnte, wenn der Gläubiger sich einer absichtlichen oder schuldbaren Verzögerung in Verfolgung des Mobilarerben schuldig gemacht hätte, wovon untergebens, wenn man den Zeitpunkt des Todes von Samuel Meigen (November 1846) mit den Daten der obenberührten Schritte gegen dessen Wittwe vergleicht, nicht im Mindesten die Rede sein kann;

J. E. anlangend die zweite Beschwerde u. s. w.

Daß hiernach beide Beschwerden ungerechtfertigt geblieben sind;

Aus diesen Gründen

verwirft der Kgl. Rh. A. G. H. die Berufung gegen die Urtheile des Handelsgerichtes zu Elberfeld vom 11. und 25. Oktober 1851 und verurtheilt die Appellantin in Strafe und Kosten.

II. Civilsenat. Sitzung vom 30. Dezember 1852.
Advokaten: v. Hontheim — Lautz.

Patron. — Patronat. — Veräußerung. — Genehmigungsrecht.

Dem Patron steht nach kanonischem Recht das jus consentiendi bei Veräußerungen der dem Patronat unterworfenen Güter nicht zu, so fern es sich nicht von solchen Verfügungen handelt, die eine Aenderung der Stiftung selbst, oder eine Schmälerung des Präsentationsrechts oder der Einkünfte des Patrons involviren, und sofern nicht die Fundations-Urkunde oder specielle Observanzen und Landesgesetze ein Anderes statuiren.

Der Patron kann daher eine von der competenten kirchlichen Behörde genehmigte Veräußerung nicht durch eine Klage vor dem Civilrichter anfechten.

Im Bergischen und Kölnischen bestanden in dieser Hinsicht keine vom gemeinen Recht abweichenden Normen.

Der Verkauf der auf Patronatgründen stehenden Gebäulichkeiten zum Abbruch stellt sich, weil er keine Veräußerung des Grund und Bodens enthält, nur als eine Verwaltungsmaßregel dar, und ist schon deshalb dem Einflusse des Patrons gänzlich entzogen.

Die Frage, ob eine solche Maßregel zweckmäßig sei, unterliegt nicht der Prüfung der Gerichte.

Kirche zu Blankenberg und Genossen — Civilgemeinde Blankenberg.

Die Vikarie zu Blankenberg besitzt den zu Geisbach gelegenen sogenannten Bürgerhof als Benefizium. Auf den Grund eines Gutachtens des Communal-Baumeisters, daß die zu dem Gute gehörigen Gebäulichkeiten sich in sehr schlechtem Zustande befänden, trug der Kirchenvorstand, indem er zugleich die Entbehrlichkeit dieser Gebäulichkeiten und daher die Unzweckmäßigkeit von kostspieligen Reparaturen oder gar Neubauten auszuführen suchte, bei der erzbischöflichen Behörde auf Ermächtigung zum öffentlichen Verkauf jener Gebäulichkeiten auf den Abbruch an, welche Ermächtigung auch durch Verfügung des erzbischöflichen General-Vikariats vom 7. Dezember 1849 ertheilt wurde. Als am 5. Januar 1850 zum Verkauf geschritten werden sollte, legte der Bürgermeister der Gemeinde Blankenberg auf Grund eines gemeinderäthlichen Beschlusses Protest gegen den Verkauf ein, weil der Gemeinde das Patronatrecht an dem Benefizium zustehe, mithin deren Genehmigung zu jeder Substanzveränderung erforderlich sei, die aber weder nachgesucht, noch ertheilt sei. Ungeachtet dieses Protestes fand der Verkauf Statt, und wurde am 1. August 1850 vom Erzbischofe genehmigt.

Die Civilgemeinde Blankenberg belangte hierauf den Kirchenvorstand daselbst und die Ansteigerer auf Vernichtung und Aufhebung des Verkaufes bei dem Landgerichte zu Bonn, woselbst hauptsächlich über die Frage gestritten wurde, ob dem Patron das Genehmigungsrecht bei Veräußerungen zustehe und ob eine ohne diese Genehmigung vorgenommene Veräußerung ungültig und unwirksam sei. Die Verklagten

excipirten, die Stelle des kanonischen Rechts, welche die Klägerin beziehe, nämlich causa XVI. quest. 7. can. 31, die einzige, welche sich auf den Gegenstand beziehe, räume dem Patron nur ein mittelst Denunciation bei der kirchlichen Oberbehörde geltend zu machendes Aufsichtsrecht hinsichtlich unredlicher Dispositionen des Benefiziaten ein, (ut si sacerdotem seu ministrum aliquid ex collatis rebus praeviderint defrandare, ant commonitionis honesta conventione compescant, aut Episcopo vel judici corrigenda denuntient); selbst dieses Aufsichtsrecht sei aber im Bergischen nach dem Zeugniß von Knapp (dissertatio de jure patronatus etc.) seit unvordenklicher Zeit dem Patron entzogen und mit der Landeshoheit verbunden gewesen; übrigens sei auch der fragliche Verkauf sowohl nothwendig, als nützlich gewesen und stelle somit nur eine Verwaltungsmaßregel dar.

Durch Urtheil vom 10. Juni 1851 entschied das Landgericht, wie folgt:

J. E., daß, wenn hiernach (d. i. nach der vorhergehenden faktischen Ausführung) der Gemeinde überhaupt das Patronat über das fragliche Benefizium zusteht, hieraus von selbst und nach der Lehre der Kanonisten auch weiter folgt, daß der ganze Inbegriff der im Patronat nach Gesetz oder Herkommen enthaltenen Rechte, als die sogenannten natürlichen Bestandtheile desselben, auch der Gemeinde Blankenberg zusteht, wenn nicht das Gegentheil in Bezug auf das eine oder andere dieser Rechte bewiesen wird;

Daß es sich daher fragt, ob zu diesen natürlichen Rechten, sei es nun im Allgemeinen oder im Herzogthume Berg, auch das Recht der Zustimmung zu einer Veräußerung, wie die in Rede stehende, gehörte;

Daß sich in den allgemeinen Quellen des Kirchenrechtes eine ausdrückliche Bestimmung über ein solches Recht nirgendwo findet, da die einzige hier einschlagende Stelle, die causa XVI. qu. 7. c. 31 nur die Verfügung enthält, daß der Patron, wenn der Priester von dem Kirchengute etwas defraudire, denselben zuerst ermahne und demnächst dem Bischofe oder dem Richter zur Anzeige bringe;

Daß jedoch schon die Natur der Sache, die Entstehung und das Wesen des Patronats, darauf hinführen mußte, daß dem Patron, der das Kirchengut hergegeben, und der in gewissen Fällen zu Ansprüchen auf dasselbe berechtigt oder zu

Beiträgen verpflichtet ist, theils aus Dankbarkeit, theils mit Rücksicht auf das persönliche Interesse desselben, auch eine Mitwirkung insbesondere bei den die Substanz des Kirchenguts berührenden Verfügungen vergönnt werden müsse;

Daß diese natürliche Rücksicht ohne Zweifel auch die Kanonisten veranlaßt hat, die angeführte Stelle in einem viel weiteren Umfange dahin auszulegen, daß dem Patron die Advocatia, das Recht der Aufsicht über die Erhaltung des Kirchenvermögens, zustehe, wozu sie dann namentlich rechnen, daß auch bei allen Veräußerungen kirchlicher Güter seine Einwilligung nothwendig sei;

Daß, wenn auch diese Auslegung zweifelhaft sein mag, gleichwohl in jedem Falle soviel aus den Kanonisten hervorgeht, daß sich im Sinne ihrer Auslegung ein derselben entsprechendes Herkommen in der Allgemeinheit gebildet hat, daß es die Sache dessen ist, der für einen bestimmten Landestheil eine Ausnahme behauptet, diese Ausnahme nachzuweisen;

Daß nun zwar die Verklagten zum Beweise einer solchen Ausnahme für das Herzogthum Berg sich auf die angeführte Dissertation Knapps berufen, der allerdings im §. XXVII die Ansicht aufstellt, daß die Advokatie der dem Patronat unterworfenen Kirchen im Herzogthume Berg seit den ältesten Zeiten mit der landesherrlichen Gewalt verbunden gewesen, daß insbesondere die Landesherren die Oberaufsicht über die Einkünfte der Kirchen und Armenverwaltungen ausgeübt hätten (§. XXXIV);

Daß indeß zur Würdigung dieser Ansicht vor Allem die Quellen zu prüfen sind, auf die Knapp seine Ansicht gegründet hat;

Daß diese Prüfung aber zu dem Schlusse führt, daß der Verfasser die Hoheitsrechte des Staats über die Kirche, namentlich das Recht der Aufsicht und Advokatie mit dem gleichnamigen Recht der Patrone vielfach verwechselt und ohne Grund das letztere als in dem ersteren aufgegangen angesehen hat;

Daß die von ihm angeführten Edicte nur den Zweck hatten, zur Beseitigung eingeschlichener Mißbräuche eine regelmäßige Kirchen- und Armenverwaltung herzustellen, die Aufbewahrung der Vermögenstitel zu sichern, eine bestimmungsgemäße Verwendung der Einkünfte zu bewirken, und im Falle der Insufficienz der Letzteren die Pflicht des Beitrags zu den Reparaturen genauer zu regeln;

Daß alle diese Verfügungen aber nur als Ausflüsse des allgemeinen Oberaufsichtsrechtes des Staates erscheinen, welche nirgendwo die mit diesem Rechte wohlvereinbarlichen im Patronat enthaltenen Privatrechte aufgehoben haben;

Daß dies namentlich auch von dem besonders angeführten Edicte vom 17. November 1710 gilt, welches nur den Scheffen, Vorstehern und Kirchmeistern verbietet, die Kirchengüter ohne Consens der geistlichen und weltlichen Obrigkeit zu alieniren, mithin keineswegs ausschließt, daß zu dieser Veräußerung auch noch die Einwilligung des Patrons nothwendig sei;

Daß nach allem diesem daher das gemeine Recht, welches diese Einwilligung zur Gültigkeit der Veräußerung eines Kirchengutes erfordert, auch für das ehemalige Herzogthum Berg als noch bestehend angenommen werden muß;

J. E., daß in dieser Voraussetzung aber noch die weitere Frage zu prüfen ist, ob im vorliegenden Falle, wie die Verklagten behaupten, der bloße Verkauf auf den Abbruch der zum Bürgerhofe gehörigen Wohn- und Oekonomiegebäude nur als eine der Mitwirkung des Patrons entzogene Verwaltungsmaßregel betrachtet werden müsse;

Daß ein solcher Verkauf inzwischen zunächst und so lange als eine wirkliche Veräußerung sich darstellen wird, bis es feststeht, daß der Abbruch und Verkauf der Gebäude nothwendig oder doch von wesentlichem Nutzen war;

Daß zwar die Verklagten dies auch behaupten, und sich zum Beweise auf ein Gutachten des Communal-Baumeisters Courth vom 26. Oktober und die Verhandlung des Kirchenvorstandes vom 11. November 1849 beziehen, woraus einestheils der Verfall und zum Theil reparaturunfähige Zustand der Gebäude, anderntheils ihre Entbehrlichkeit hervorgehen soll; daß dieser Beweis indessen bei den entgegengesetzten Behauptungen der Gemeinde durch das vorgelegte außergerichtliche Gutachten um so weniger erbracht erscheint, als die Gemeinde ihrerseits andere Verhandlungen aus dem Jahre 1835 vorlegt, wonach damals bedeutende Reparaturen an den Gebäuden statt gefunden haben;

Daß sich der Verkauf dieser Gebäude daher als eine wirkliche Veräußerung darstellt, die ohne die Zustimmung der Gemeinde als des Patrons, ungeachtet der Bestätigung des Verkaufs durch das erzbischöfliche General-Vikariat, nicht

zu Recht bestehen kann; daß in Folge dessen auch der Abbruch der verkauften Gebäude den Ankäufern untersagt werden muß;

Aus diesen Gründen

erklärt das Landgericht den verklagten Kirchenvorstand für nicht befugt, die Gebäulichkeiten des Bürgerhofes auf den Abbruch zu verkaufen, erklärt demnach den am 3. Januar 1850 vor Notar Kettner zu Hennef erfolgten Verkauf der bezeichneten Realitäten für nichtig und aufgelöst, und untersagt den sub 2 bis 4 genannten Verklagten den Abbruch dieser Gebäulichkeiten, legt dem verklagten Kirchenvorstand die Kosten zur Last.

Gegen dieses Urtheil legten die Verklagten die Berufung ein, welche jedoch nur von den Ansteigerern verfolgt wurde, während für den Kirchenvorstand keine Anträge genommen wurden. Zur Rechtfertigung der Berufung der Erstern wurde im Wesentlichen bemerkt: 1) das jus consentiendi folge keineswegs, wie das Landgericht angenommen, schon aus der Natur der Sache und dem Wesen des Patronats, vielmehr könne hieraus nur abgeleitet werden, daß dem Patron in Beziehung auf solche Dispositionen, welche eine Schmälerung seiner Rechte, z. B. des Präsentationsrechtes, oder der Einkünfte desselben, involviren, eine Mitwirkung eingeräumt werden müsse: Eichhorn Kirchenrecht Buch VII. Cap. 3. III. c. — 2) Ebenso müsse bestritten werden, daß eine Uebereinstimmung der Kanonisten über die Frage des Consensrechtes des Patrons Statt finde oder ein desfallsiges allgemeines Gewohnheitsrecht sich gebildet habe, Eichhorn a. a. O.; von einem solchen allgemeinen Gewohnheitsrecht könne auch wohl um so weniger Rede sein, als das Concilium von Trient dem Patron jede Einmischung in die Verwaltung der Kirchengüter untersagt und das Visitationsrecht entzogen habe, sofern ihm diese Rechte nicht speciell in der Stiftung selbst eingeräumt sind: Conc. Trid. Sess. 24. Cap. 3 in fine de reform.; Hedderich Clem. jur. can. Pars III. §. 151. — 3) Auf keinen Fall gehe das Recht des Patrons soweit, daß er eine von der geistlichen Oberbehörde genehmigte Veräußerung auf dem Wege der Klage vor dem Civilrichter anfechten könne, vielmehr habe er nur das Recht der Admonition und der Denunciation: can. 31. caus. 16. qu. 7; Eichhorn a. a. O.: „In Hinsicht der Kirchengüter spricht das kanonische Recht

dem Patron allerdings ein Aufsichtsrecht, jedoch kein Administrationsrecht, zu; und dieses beschränkt sich, wo die Fundationsbedingungen oder die Observanz nicht ein Anderes statuiren, nach dem kanonischen Recht auf das Recht, die Administratoren zu admoniren und zu denunciiren." Walter Kirchenrecht in der Lehre vom Patronat. — 4) Für das Bergische sei das von den Verklagten angerufene Zeugniß von Knapp um so gewichtiger, als derselbe den benutzten Quellen viel näher gestanden, und sein Verständniß derselben zugleich als der Ausdruck des damals allgemein herrschenden Verständnisses betrachtet werden könne, und als er sich auch nicht blos auf die vom Landgericht angeführten Verordnungen stützte, sondern ein seit der frühesten Zeit im Bergischen bestehendes Gewohnheitsrecht konstatire. — 5) Endlich erkenne das Landgericht im Princip an, daß der Verkauf, sofern er nothwendig oder von wesentlichem Nutzen sei, nur eine Verwaltungsmaßregel darstelle, die der Einwirkung des Patrons entzogen sei; es halte jedoch den Beweis dieser Nothwendigkeit und Nützlichkeit nicht für erbracht. Hier habe nun das Landgericht die Grenzen seiner Competenz überschritten; die kirchliche Administrationsbehörde habe diese Frage allein zu prüfen gehabt und nach dem von dem Kirchenvorstand vorgelegten Material wirklich geprüft; hiernach liege es nicht in der Befugniß des Gerichtes, diese Frage seiner Kritik zu unterwerfen und sich in einen Widerspruch mit dem Resultat der causae cognitio Seitens der Kirchenbehörde zu setzen: Eichhorn a. a. O. Buch VII. Cap. 7. III. in fine: „die förmlich (d. i. mit der gehörigen Oeffentlichkeit und nach Prüfung und mit Genehmigung der kirchlichen Behörde) geschehene Veräußerung kann unter dem Vorwand eines fehlenden hinreichenden Grundes nicht angefochten werden." Und in der Note hierzu: „Die causae cognitio des Kirchenobern verhält sich keineswegs wie ein bloßer Beweis, der noch einen Gegenbeweis zuläßt, sondern entscheidet direkt über das Dasein eines hinreichenden Grundes, wie ein Dekret des Obervormundes bei der Veräußerung von Mündelgütern."

Die Appellatin bezog sich dagegen auf die Autoritäten von Böhmer und van Espen, und auf Frey Commentar über das Kirchenrecht Band 4, Abth. 2, S. 920., wonach nicht zu bezweifeln sei, daß nach gemeinem Kirchenrecht das Genehmigungsrecht bei Veräußerungen einen natürlichen Be-

standtheil der Rechte des Patrons bilde; bezog sich sodann hinsichtlich des Bergischen auf die Ausführung des Urtheils a quo; und suchte endlich auszuführen, daß die fragliche Veräußerung das Gut wesentlich alterire und deteriorire, daher auch als eine Verwaltungsmaßregel durchaus nicht betrachtet werden könne.

Das öffentl. Ministerium schloß sich den Ausführungen der Appellanten an, und der Hof erkannte reformatorisch, wie folgt:

J. E., daß der erste Richter bereits mit genügenden, in zweiter Instanz nicht widerlegten Gründen ausgeführt hat, daß der Appellatin das Patronatrecht wirklich zustehe, und ihr somit der ganze Inbegriff der in demselben nach Gesetz und Herkommen liegenden Befugnisse gebühre, so lange nicht eine Beschränkung in irgend einer Hinsicht gegen sie dargethan werde;

Daß es sich daher nur fragt, ob die Appellantin in ihrer angegebenen Eigenschaft berechtigt sei, den am 3. Januar 1850 vorgenommenen, von der competenten kirchlichen Oberbehörde genehmigten Verkauf wegen des ihrerseits verweigerten Consenses als nichtig anzufechten;

Daß dieser Verkauf keine Veräußerung des Grund und Bodens enthält, und aus dem Gesichtspunkte der bloßen Aenderung der Benutzungsweise, einer Verwaltungsmaßregel, deren Zweckmäßigkeit hierbei nicht in Betracht kommt und hier keiner Prüfung unterliegt, dem Einflusse und der Beaufsichtigung des Patrons ausdrücklich entzogen ist, wenn nicht etwa in der Fundationsurkunde dieserhalb ein besonderer Vorbehalt gemacht worden (Conc. Trid. sess. 24. Cap. 3. 1.);

Daß die Gesetze der Materie aber auch die Gültigkeit einer wirklichen und wahren Veräußerung, bei der es sich übrigens nicht von solchen Verfügungen handelt, die eine Aenderung der Stiftung selbst, eine Schmälerung des Präsentationsrechts oder der Einkünfte des Patrons involviren, und die daher nothwendig nach andern Grundsätzen zu beurtheilen sind, nirgends ausdrücklich von dem Consense des Patrons, vielmehr nur von der Beobachtung der im Interesse der Kirche vorgeschriebenen Förmlichkeiten abhängig machen;

Daß folgeweise auch nur von den Rechtsmitteln, die den Vertretern der Kirche im Falle der Nichterfüllung dieser Bedingungen gegeben werden, nicht aber von dem Rechte des

Patrons, eine der Kirche gegenüber gültige Veräußerung seinerseits anzufechten, die Rede ist;

Daß nach Can. 31. Causa 16. qu. 7. dem Patron im Allgemeinen ein Aufsichtsrecht hinsichtlich der Kirchengüter, die zur Stiftung gehören, zugesprochen werden muß, dessen Wirksamkeit jedoch nur im Falle einer unrechtmäßigen Veräußerung, die hier unbestritten nicht vorliegt, eintritt, und welche auch in der Art und Weise der Ausübung beschränkt ist;

Daß aus diesem also begrenzten Aufsichtsrechte die Nothwendigkeit der Zuziehung des Patrons, um sich durch Einsicht der Verhandlungen die Ueberzeugung von der Rechtmäßigkeit der Veräußerung zu verschaffen und eventuell seine Erinnerungen auf den geeigneten Wegen vorbringen zu können, keineswegs aber ein unbedingtes Widerspruchsrecht gegen eine von der competenten Behörde für nothwendig oder nützlich erkannte Veräußerung herzuleiten ist;

Daß jene Art der Mitwirkung mit dem Wesen des Patronats und dessen Rechten und Pflichten in vollständiger Uebereinstimmung steht und aus demselben die behauptete ausgedehntere Befugniß in keiner Weise folgt, da die Absicht des Stifters, vorausgesetzt, daß er nicht in der Fundationsurkunde ein Anderes verfügt und sich eine weiter gehende Einwirkung, namentlich das unbedingte jus consentiendi, reservirt, hier nicht sowohl auf Erhaltung bestimmter Immobilien bei der kirchlichen Anstalt, wie vielmehr auf das Bestehen der Stiftung selbst nach ihrem ganzen Umfange und auf die fortwährende Erfüllung des kirchlichen Zweckes gerichtet ist, diese Intention aber durch die kirchenrechtlich gültige Veräußerung an sich nicht vereitelt wird;

Daß daher in der Natur der Sache und dem Wesen des Instituts kein genügendes Motiv zu einer ausdehnenden Interpretation der allegirten Stelle des kanonischen Rechts vorlag;

Daß in dieser Beziehung aber auch keine Uebereinstimmung der Kanonisten und noch viel weniger, wie der erste Richter angenommen, in Deutschland ein gemeinrechtliches Herkommen besteht, welches dem Patron jene ausgedehntere Befugniß zuerkennt;

Daß dieselbe daher besonders nachgewiesen werden muß, sei es durch die Bestimmungen der Fundation, sei es durch die gültige Observanz oder durch ein specielles Landesgesetz;

Daß die Appellatin das Vorhandensein einer dieser Thatsachen zu ihren Gunsten nicht einmal behauptet;

Daß, soviel das Herzogthum Berg betrifft, die Verordnung vom 17. November 1710 über das Verbot der eigenmächtigen Veräußerung von Kirchengütern nur von der Nothwendigkeit des Consenses der geistlichen und weltlichen Obrigkeit spricht, wie denn die Einwilligung der letztern allgemein in Deutschland vorgeschrieben worden war;

Daß nach dem Zeugnisse von Knapp (de jure patronatus §. 27) im Bergischen jedes aus dem Patronate herzuleitende Aufsichtsrecht seit den ältesten Zeiten mit der Landeshoheit verbunden gewesen sein soll, und ebenso in dem besonders mit Rücksicht auf den Rechtszustand der kölnischen Kirche geschriebenen Werke von Hedderich (jus. can. paro. III. §. 150, 151) dem Patron ein solches Recht nicht ferner eingeräumt wird, und daß hiernach soviel mindestens als unzweifelhaft angenommen werden muß, daß in den bezeichneten Landestheilen keine vom gemeinen Rechte abweichenden Normen bestanden haben, durch welche das behauptete jus consentiendi sanctionirt worden;

Daß demzufolge die lediglich auf diesem Fundamente beruhende Klage aller Begründung entbehrt und unter Reformation des ersten Urtheils abzuweisen ist.

I. Senat. Sitzung vom 5. Januar 1853.

Advokaten: Widenmann — Forst.

Drittbesitzer. — Verjährung. — Auflösungsklage.

Der in gutem Glauben besitzende dritte Erwerber eines Grundstücks erlangt durch die 10jährige Ersitzung das Eigenthum desselben auch gegenüber dem Verkäufer seines Autors, welcher gegen diesen ein die Auflösung des Vertrags aussprechendes Urtheil erwirkt hat.

Schallbroich — Kamphausen.

Am 12. Mai 1835 verkaufte Schallbroich verschiedene Immobilien an die Wittwe Diedrich Vogel in der Gemeinde Hilden. Am 12. April 1838 verkaufte diese sie weiter an Kamphausen, welcher am 17. September 1838 den Akt trans-

scribiren ließ und in Folge des eingeleiteten Purgationsverfahrens den Kaufpreis an die eingetragenen Gläubiger bezahlte. Im Jahre 1844 leitete Schallbroich die Klage auf Auflösung des Kaufvertrags gegen die Wittwe Vogel wegen Nichtzahlung des Kaufpreises ein und erwirkte am 24. Januar 1849 ein schließliches Erkenntniß, welches seinem Antrage entsprach. Am 17. April 1851 klagte er beim Landgerichte zu Düsseldorf wider Kamphausen auf Räumung der fraglichen Immobilien, weil diese in Folge der Auflösung des Kaufvertrags wieder sein Eigenthum geworden seien, als wenn sie nie aufgehört hätten es zu sein. Kamphausen berief sich auf die Verjährung des Art. 2265 B. G. B., dessen Anwendbarkeit Schallbroich bestritt.

Durch Urtheil vom 11. Oktober 1851 entschied das Landgericht im Sinne des Verklagten, indem es folgender Maßen erwog:

I. E., zur Sache selbst, daß der am 12. Mai 1835 zwischen dem gegenwärtigen Kläger und der Wittwe Vogel über die fraglichen Grundstücke geschlossene Kaufvertrag durch das in II. Instanz lediglich bestätigte Erkenntniß des hiesigen Kgl. Landgerichts vom 24. Januar 1849 für aufgelöst erklärt worden ist und die Erben Vogel demgemäß zur Herausgabe verurtheilt wurden;

I. E., daß durch dieses Urtheil die Rechte der Wittwe Vogel resp. ihrer Erben hinsichtlich der fraglichen Grundstücke so beseitiget wurden, als wenn sie nie existirt hätten;

Daß daher auch die Eigenthumsrechte, die Erstere durch den am 12. April 1838 zwischen ihr und dem gegenwärtigen Verklagten Kamphausen abgeschlossenen Kaufvertrag dem Letzteren übertrug, zu bestehen aufgehört haben;

I. E. jedoch, daß dem notariellen Vertrage vom 12. April 1838 in formeller Beziehung nichts im Wege steht, daß die erste gerichtliche Aufforderung, die an den Verklagten erging, übrigens aber durch Erkenntniß hiesiger Stelle vom 25. Januar d. J. für unstatthaft erklärt worden ist, vom 10. August v. J. datirt, und die gegenwärtige Klage erst am 17. April d. J. angestellt wurde, und daß daher der Verklagte die fraglichen Immobilien, vermöge eines gesetzmäßigen Rechtsgrundes länger als 10 Jahre ungestört besessen hat;

I. E., daß in Beziehung auf die ihm beiwohnende bona fides nichts eingewendet worden ist;

I. E., daß ihm daher die Acquisitiv-Verjährung des Art.

2265 des B. G. B. zur Seite steht, und daß er sich, des die Auflösung der Rechte seiner Verkäuferin aussprechenden Erkenntnisses ohnerachtet, um so mehr auf dieselbe stützen kann, als sie nicht als ein ihm übertragenes, sondern als ein, in seiner Person durch den fortgesetzten ruhigen und titulirten Besitz entstandenes Recht erscheint;

J. E., daß dieser die Sicherheit des Eigenthums begünstigenden Ansicht auch keineswegs die Fassung des Art. 2265 des B. G. B. im Wege steht, da diese Fassung ganz allgemein ist und der Artikel somit sowohl die Rechtstitel im Auge hat, die von einem Nonpropriétaire, als auch die welche von einem propriétaire unter einer Resulitiv-Bedingung ausgegangen sind (conf.: Duranton. Cours de droit francais IX. Nro. 137. — Troplong de la prescription Nro. 797.)

Daß sonach die Klage, soweit sie gegen den Mitverklagten Kamphausen gerichtet ist, als nicht begründet, abgewiesen werden muß;

J. E., die gegen die Erben Vogel gerichteten Ansprüche anlangend, daß dieselben nach dem vorher Angeführten, allerdings verpflichtet sind, dem Kläger den Besitz der Grundstücke zu verschaffen;

J. E., daß sie daher, wenn sie, resp. ihre Erblasserin die Grundstücke weiter veräußert haben, sich nicht weigern können, die Kläger gegen die von dem späteren Ankäufer aus dem Kaufvertrage vom 12. April 1838 geltend gemachten Einreden zu vertreten, und wenn sie dies nicht vermögen, wegen der Nichterfüllung ihrer Verpflichtung vollständigen Schadensersatz zu leisten.

Aus diesen Gründen

u. s. w.

Hiergegen ergriff Schallbroich die Berufung und führte zur Unterstützung derselben namentlich die Urtheile bei Sirey 27, 2, 74. — 28, 2, 26. — 35, 2, 230. — 42, 2, 119 an. Kamphausen berief sich auf die Urtheile bei Sirey 29, 2, 81. — 31, 2, 135. — 33, 2, 576. — 31, 1, 129. — 33, 2, 575. — Troplong de la vente Nro. 57 u. 662. — Zachariä l. §. 217, Note 1 u. a.

Der Hof entschied confirmatorisch durch folgendes

Urtheil:

J. E., daß rücksichtlich der Auflösungsklage der primitive Verkäufer demjenigen gegenüber, welcher von seinem Ankäufer das Eigenthum eines Immobiles käuflich erworben hat, sich in der nämlichen Lage, wie der wahre Eigenthümer befindet, dessen Gut von einem non dominus veräußert worden ist;

Daß ihm daher auch Seitens des Dritterwerbers die Verjährung aus dem Art. 2265 des B. G. B. mit vollem Recht entgegengesetzt werden kann;

Daß dies um so mehr der Fall ist, als die Widerruflichkeit des Rechtsgeschäftes die Gültigkeit des Titels, und die Verjährung des Dritterwerbers nicht hindert, wenn solche auch dem unmittelbaren Auctor selbst nicht entgegengesetzt werden kann;

Daß, wie der erste Richter mit Recht angenommen hat, vorliegend alle Voraussetzungen des Art. 2265 B. G. B. vorhanden sind;

Daß selbst der Umstand, daß der Dritterwerber unterstellen konnte, oder wußte, daß sein Veräußerer den Kaufpreis dem ersten Verkäufer noch nicht gezahlt habe, nicht geeignet erscheinen würde, denselben in bösen Glauben zu versetzen, da er annehmen durfte, daß dieser Kaufpreis später werde bezahlt werden;

Aus diesen und den Gründen des ersten Richters verwirft der Rh. A. G. H. die gegen das Urtheil des Kgl. Landgerichts zu Düsseldorf vom 11. Oktober 1851 eingelegte Berufung unter Verurtheilung des Appellanten zu den Kosten.

III. Senat. Sitzung vom 5. Januar 1853.

Advokaten: Esser — Herbertz.

Erbpacht. — Jülich=Berg. — Laudemium. — Grundsteuer.

Im ehemaligen Herzogthum Berg sind erbpächtige Güter, wenn nicht das Gegentheil in den Erbpachtsbriefen bestimmt ist, laudemialpflichtig.

(Cap. 106 u. 108. der Jülich=Berg. Rechts=Ordnung. — C. 3. Cod. de jure emphyt. IV, 66.).

Ist auf einem erbpächtigen Grundstück ein Haus erbaut, so ist das Laudemium von dem Verkaufspreise des ganzen Hauses, nicht bloß von dem Werthe des Bodens, zu entrichten.

Die in einem Erbpachtbriefe Seitens des Erbverpächters dem Erbpächter zugesagte Freiheit von Grundlasten begründet nicht die Verpflichtung des Erstern, die später eingeführten Grund- (und Gebäude-) Steuern zu tragen.

Hat der Erbpächter Steuern und Canon ohne Abzug eines Fünftels an letzterm bezahlt, so hat er deshalb kein Rückforderungsrecht.

(§. 68 des Gesetzes v. 21. April 1825).

Eine persönliche Verpflichtung des Ankäufers eines rentbelasteten Grundstücks zur Entrichtung der Rente wird im Zweifel nicht vermuthet und kann nur aus einer ausdrücklichen Stipulation entnommen werden (Nur im Urtheil erster Inst. entschieden).

Schmitz — Evangelisch-reformirte Gemeinde zu Elberfeld.

Zufolge Urkunde vom 29. Februar 1836 hatte der verstorbene Vater der Mindrennen Schmitz, Advokat-Anwalt Jacob Schmitz, von dem Kaufmanne Heinrich Wilhelm von Carnap ein in der Stadt Elberfeld in der Herzogstraße gelegenes Haus gekauft und in einem vor Notar Hopmann zu Elberfeld vom 24. Dezember 1839 aufgenommenen Akte anerkannt, daß der Grund und Boden, worauf dieses Haus erbaut worden, zufolge eines am 3. Oktober 1746 errichteten Erbpachtvertrages an die evangelisch-reformirte Gemeinde in Elberfeld erbpächtig sei, sowie, daß dieser Erbpacht jährlich 1 Reichsthaler, 43 Albus, 11 Heller oder circa 1 Thlr. 9 Sgr. 8 Pfg. Pr. Court. betrage. Gemäß Akt des Notars Hopmann vom 3. März 1845 verkaufte Jacob Schmitz das fragliche Haus an die Eheleute Johann von Rühden und Amalia Müller, wurde aber in dem später gegen diese auf Anstehn von Carl Böddinghaus eingeleiteten Subhastationsverfahren laut Adjudikationsprotokolles vom 30. März 1849 für das Letztgebot von 7809 Thlrn. wieder Ansteigerer desselben. Unterm 23. März 1851 ließ die evangelisch-reformirte Kirchengemeinde den Vormund der minderjährigen Kinder des inzwischen verstorbenen Adv.-Anw. Schmitz an das Landgericht in Elberfeld vorladen, um sich verurtheilen zu hören: 1) die von Martini 1846 bis Martini 1850 erfallene Erbpacht mit 5 Thlr. 8 Sgr. 9 Pfg. 2) das Laudemium, bestehend in

2 Prozent des Steigpreises von 7800 Thlrn., mit 156 Thlrn., sodann 3) ohne irgend einen Abzug für Steuern, alljährlich die Erbpacht mit 1 Thlr. 9 Sgr. 8 Pfg. zu bezahlen.

Auf die Klage wurde erwiedert:

1) daß von einem dem 30. März 1849 vorhergehenden Zeitraume die Erbpacht nicht von den Verklagten gefordert werden könne, weil ihr Erblasser das angeblich verpflichtete Grundstück nicht besessen habe, ein persönlicher Haftungsgrund aber nicht vorhanden sei;

2) daß die Erbpacht, abgesehen davon, daß sie den evaluirten Betrag nicht erreiche, durch die auf das steuerfrei verpachtete Grundstück ausgeschriebenen und vom Erblasser der Verklagten vorbezahlten Steuern absorbirt werde;

3) daß ein Anspruch auf Laudemium weder aus dem Vertrage, noch aus dem Gesetze herzuleiten sei. Gleichzeitig wurde eine Widerklage erhoben auf Erstattung der vom 1. Mai 1836 bis 1845 und von 1849 bis 1851, überhaupt mit 358 Thlrn. 27 Sgr. 2 Pfg. entrichteten Staats-Grundsteuern, und die Nachweise der ebenfalls bezahlten Communal-Grundsteuern vorbehalten; zur Begründung dieser Widerklage wurde auf die Bestimmung der Erbpachtsurkunde hingewiesen in den Worten: „Dahinwieder verspricht und gelobt Consistorium ihn, Erbpächter, oder dessen Erben bei frei ungehindertem Genusse mehrgedachten Erbpachtstückes allezeit zu belassen, nöthigenfalls rechtliche Wehrschaft zu leisten, und in Freiheit von allen übrigen Grundlasten zu schützen.“ Die klagende Gemeinde bestritt, daß die in einer spätern Zeitperiode eingetretene Besteuerung des Bodens in die Kathegorie von Grundlasten im Sinne jenes Erbpachtvertrages gehöre; höchstens habe nach §. 68 des Gesetzes vom 21. April 1825 die Klägerin den fünften Theil der Erbpachtsleistung sich für die Grundsteuer abziehen zu lassen; die Laudemialpflicht aber folge aus dem Erbpachtsverhältniß. Unterm 5. November 1851 erließ das Kgl. Landgericht zu Elberfeld folgendes

Urtheil:

J. E., daß der Verklagte in seiner Eigenschaft als Vormund seiner Enkel die Verpflichtung zur Zahlung einer Erbpachtsrente seit Wiedererwerbung des betreffenden Hauses nebst Zubehör durch Adjudikation vom 30. März 1849 der Klägerin gegenüber nicht bestreitet; daß er aber der Klägerin das Recht abspricht, von ihm die Nachzahlung der Erbpachtsrente auch für die Zwischenzeit zu fordern, während welcher

das Haus im Besitz des von Rühden war, und daß er die Richtigkeit der Berechnung der Rente von 1 Reichsthaler, 43 Albus, 11 Heller zu 1 Thlr. 9 Sgr. 8 Pfg. nicht anerkennt;

J. E., was die Nachzahlung der Rente betrifft, daß dieselbe im gegenwärtigen Verfahren vom Verklagten nur insofern gefordert wird, als der Vater der von ihm vertretenen Minderjährigen, der Advokat-Anwalt Schmitz, persönlicher Schuldner der Rente gewesen sein soll; — daß dessen erste Erwerbung des fraglichen Hauses, im Jahre 1836 an sich nicht geeignet sein kann, ihm diese Eigenschaft beizulegen, da bei Mobilisirung der Erbpachtsrenten, der derzeitige Besitzer des belasteten Grundstücks persönlicher Schuldner wurde und diese Schuld auf seine Erben übertrug, während den fernern Erwerbern des Hauses, als Drittbesitzern, nur insofern eine Zahlungsverpflichtung überkam, als die Rente auf das Haus eingetragen war, und sie auch nur so lange verpflichtet erhielt, als sie Eigenthümer des Hauses blieben, d. h. dinglich;

Daß auch aus Nro. 4 der Punktationen, welche jetzt, beiderseitig als die dem Verkaufe vom 29. Februar 1836 zum Grunde gelegten Bedingungen anerkannt worden sind, nicht erhellt, daß die bezeichnete Rente vom Ankäufer Schmitz nicht nur als eine dingliche, auf dem Hause lastende Schuld, sondern als eine persönliche übernommen werden sollte; — daß es vielmehr der Natur der Sache und dem Art. 1156 und folgende des B. G. B. nach, letztern Falls unzweifelhaft darin hätte heißen müssen, daß der Verkäufer von seiner persönlichen Verpflichtung befreit, und Ankäufer damit belastet werde; — daß es eine gleiche Bewandtniß mit der dem Licitationsprotokolle vom 30. März 1849 deshalb zum Grunde liegenden siebenten Bedingung hat; — daß insbesondere der hier vorkommende Ausdruck: „als persönlicher" Schuldner, nicht als technische Bezeichnung und als Gegensatz gegen dinglichen Schuldner, sondern offenbar nur als Gegensatz gegen die Berechtigung, die Steuern auf den Kaufpreis oder sonst wie, wieder in Anrechnung bringen zu dürfen, gebraucht worden ist;

Daß aber selbst, wenn man hierauf nicht eingehen wollte, jene Bedingung keinenfalls eine persönliche Verpflichtung für etwaige Rückstände oder gar eine rückwärts wirkende Ordnung des Verhältnisses zwischen der Klägerin und dem Schmitz enthält;

Daß daher nur noch der zwischen den beiden Erwerbtiteln in der Mitte liegende, von der Klägerin unbestritten ange-

nommene Anerkennungsakt vom 24. Dezember 1839 zu beurtheilen übrig bleibt; — daß Schmitz denselben ausgestellt hat, als er noch in Folge der ersten Erwerbung das Haus eigenthümlich besaß, die Rente schon mehrere Jahre unweigerlich bezahlt hatte, und diese nachweislich wenigstens schon seit dem 19. April 1822 auf das Haus eingetragen war; — daß daher die fragliche Urkunde ihre Entstehung der Absicht unmöglich verdanken kann, eine Anerkennung der dinglichen Verpflichtung zu geben, und zu empfangen, weil sie dann etwas ganz müßiges gewesen wäre; — daß aber der hierauf und den Art. 1157 l. c. zu bauende Rückschluß, daß die Anerkennungsurkunde mithin die Uebernahme einer persönlichen Verpflichtung enthalten müsse, nach Art 1158 l. c. so lange unzulässig erscheint, als nicht erhellt, daß keine andere, dem Schmitz weniger lästige Auslegung möglich sei; — daß diese Auslegung aber sich alsbald darbietet, wenn man in Betracht zieht, daß der in der fraglichen Urkunde anerkannte Erbpachtsbrief vom 3. Oktober 1746, nicht nur den Boden des Schmitz'schen Hauses mit Zubehör, sondern eine weit größere, demnächst in mehrere Theile zerlegte Bodenfläche in Erbpacht gab, und hierfür einen Gesammt-Canon von 8 Reichsthaler 39 Stübern vorbestimmte;

Daß nirgendwo erhellt, wie und auf welche rechtsbeständige Weise die Vertheilung des Gesammt-Canons auf die einzelnen Grundstücke und insbesondere mit 1 Reichsthaler 43 Albus 11 Heller auf das Schmitz'sche Grundstück stattgefunden hat; — daß die Anerkennungsurkunde sich daher sehr wohl hierauf und etwa auf die Reduction der Rente nach jetzigem Münzfuß beziehen kann; — daß die Vermuthung, daß dieses und nicht die Uebernahme einer persönlichen Verpflichtung, der Zweck der Anerkennungsurkunde gewesen sei, dadurch auch wesentlich unterstützt wird, daß die Anerkennung von einer persönlichen Uebernahme ausdrücklich nichts enthält; — daß es dem Schmitz an jeder Veranlassung dazu fehlte, daß er dagegen ausdrücklich erklärte, die beiderseitigen älteren Rechte sollten aufrecht erhalten und eine Novation nicht bewirkt werden;

Daß Schmitz daher nie persönlicher Schuldner der streitigen Rente geworden ist, und Verklagter somit auch im gegenwärtigen Verfahren nicht schuldig erklärt werden kann, die aus der Zeit des fremden Besitzes durch von Rühden schuldig gebliebene Rente zu bezahlen;

J. E., was die Berechnung der Rente zu 1 Thlr. 9 Sgr. 8 Pfg. betrifft, — daß dieselbe im Licitationsprotokolle nur zu einem Thlr. vier Sgr. angegeben ist; — daß sich hierbei jedoch offenbar ein Schreibfehler, in Folge Verwechselung mit dem String'schen Grundstücke eingeschlichen hat, und Verklagter selbst die Berechnung auf 1 Thlr. 5 Sgr. 8 Pfg. anlegt; — daß aber der hierfür bezogene Art. 1895 des B. G. B. schon um deswillen keine Anwendung finden kann, weil er sich nur auf Geschäfte bezieht, welche unter seiner Herrschaft zu Stande gekommen sind; — daß die Klägerin ihre Berechnung nach dem Agio (Cours) und nach diesem unbestritten richtig angelegt hat; — daß bei fortwährenden Renten zwar in der Regel der Cours nicht in Betracht gezogen werden kann, sondern als ein Zufall zu betrachten ist; Savigny, Obl. §. 42 in fine;

Daß aber, wie bei gewöhnlichen Rechtsgeschäften immer der Cours auch bei Renten dann den allein richtigen Reductions-Maaßstab abgibt, wenn die ursprünglich bedungene Geldart, — wie hier — aufgehört hat, vorhanden zu sein oder ein feststehendes Aequivalent zu haben; Savig. Obl. §. 42 u. §. 43, S. 467, Cap. 20. X. de censib: 3, 39;

Daß aber auch abgesehen hiervon, Schmitz in der Urkunde vom 24. Dezember 1839, als sein eigener Vorbesitzer, anerkannt hat, daß die Rente von ein Reichsthaler 43 Albus 11 Heller circa ein Thlr. 9 Sgr. 8 Pfg. ausmache;

Daß er ferner in einem vom Verklagten selbst vorgelegten Schreiben vom 7. Juni 1843 an die Klägerin, diese Summe einer angebotenen Ablösung zum 25 fachen Betrage mit 33 Thlr. 1 Sgr. 8 Pfg. zum Grunde gelegt hat; — daß nicht bestritten ist, daß diesemgemäß, und den hypothekarischen Einschreibungen entsprechend, die Rente mit der angegebenen Summe fortwährend bezahlt worden sei, und daß Klägerin hiernach, wenn ihr auch noch keine Verjährung oder unbedingte Anerkennung zur Seite stehen mag, jedenfalls die Vermuthung für die Richtigkeit der Berechnung soweit für sich gewonnen hat, daß es an dem Verklagten gewesen wäre, den Gegenbeweis zu führen; daß er diesen aber nicht einmal anbietet;

Daß es mithin auf die von der Klägerin nöthigenfalls erbotenen Beweise nicht weiter ankommt;

J. E., daß der Verklagte ferner die Verpflichtung bestreitet, wegen des Ankaufs im Subhastations-Verfahren das geforderte Laudemium zu bezahlen;

Daß der erwähnte Erbpachtsbrief vom 3. Oktober 1746 auch wirklich einer Verpflichtung, Laudemium zu bezahlen, nicht ausdrücklich erwähnt;

Daß auch nicht mit der Klägerin anzunehmen ist, daß die Laudemialpflicht eine nothwendige Folge der Erbpachtspflicht sei, da bei der deutschen Erbpacht das Laudemium noch weniger zu den Essentialien gerechnet werden kann, als bei der römischen Emphyteuse. L. 3. C. jure Emphyt. IV, 66. — Eichhorn, Priv. R. §. 262. — Wolffs, Priv. Recht, §. 141. — Allg. Preuß. Landr. I. 21. §. 203.

Daß endlich das Jülich-Bergische Landrecht der Laudemialpflicht im Cap. 106 und 107 auch nicht erwähnt; — daß es aber am Schluß nach Cap. 108 verordnet, daß Alles, was nicht besonders vorgesehen sei, nach den gemeinen beschriebenen Rechten, Privilegien und Landesgebrauch gehalten werden solle; — daß nach dem gemeinen beschriebenen, das heißt, nach dem recipirten römischen Rechte bei der analogen Emphyteuse der Consens zum Verkaufe eingeholt, und Laudemium bezahlt werden mußte, wenn nicht das Gegentheil im Vertrage ausgemacht war; — L 3. C. de jure Emphyt. IV, 66;

Daß dieselben Grundsätze bei den Erbpachtgütern im Bergischen unbedenklich gelten, und im Gegensatz gegen das, was bei den stillschweigend nicht laudemialpflichtigen Kurmuds-Gütern festgehalten wurde, als landesüblich zu betrachten sind; — Bewer IV, 104 seqq;

Daß die gegenwärtige Erbverpachtung sich ausdrücklich als eine „landesübliche" im Erbpachtsbriefe ankündigt; daß die Laudemialpflicht daher als stillschweigend unterstellt anzusehen ist; daß diese Unterstellung auch dadurch auf keine Weise beeinträchtigt wird, daß am Schluß des Erbpachtsbriefes Schutz der Freiheit von allen übrigen Grundlasten versprochen ist, weil man das Laudemium nach den Ansichten des deutschen Privatrechtes damals gewiß nicht als eine Grundlast bezeichnet haben würde, (Runde, Privatrecht §. 533) und weil jedenfalls das Versprechen doch nur auf die übrigen, also außerhalb des Erbpachts-Verhältnisses liegenden Grundlasten geht, mithin das Laudemium, als ein Naturale des Erbpachts-Verhältnisses, nicht zum Gegenstande haben kann; — daß hiernach die, durch die spätere Gesetzgebung nicht berührte Laudemialpflicht, an sich außer Zweifel gestellt ist; und daß

gegen die Höhe des geforderten Laudemiums nichts eingewendet wird;

J. E., daß Verklagter indessen im Wege der Widerklage von der Klägerin den Ersatz der während der Jahre 1836 bis 1845 und 1849 bis jetzt bezahlten Staats- und Gemeinde-Grundsteuer beansprucht; — daß die hiergegen von der Wiederverklagten geltend gemachte 30 jährige Verjährung des Rechtes, die Rente ohne Abzug der Grundsteuern zu fordern, schon um deswillen nicht Platz greift, weil seit Erlassung des diese Verhältnisse ganz neu ordnenden Gesetzes vom 21. April 1825, noch keine 30 Jahre verlaufen sind; — daß ebenso die wenigstens gegen den größten Theil der Steuern eingewendete vierjährige erlöschende Verjährung keine Anwendung findet, weil es sich nicht von einer fiskalischen Steuerforderung, sondern von einem Ersatze angeblich als freiwilliger Geschäftsführer bezahlter Steuern handelt; — daß andererseits zwar nach dem alten Rechte die Regel gegolten haben mag, daß der Berechtigte, als Eigenthümer die Steuern, und zwar jedenfalls soweit sie den Boden und nicht die Superficies des Verpflichteten betreffen, zu tragen hatte; — daß dieses jedoch ganz abgesehen von dem demnächstigen gesetzlichen Uebergang des Eigenthums auf den Verpflichteten, nach dem bezogenen Gesetze vom 21. April 1825, an sich nicht mehr maaßgebend erscheint;

Daß es daher lediglich auf dieses Gesetz und die Verträge ankommt; — daß der Widerkläger sich in dieser Beziehung abermals auf den Schlußsatz des Erbpachtsbriefes beruft, wonach Erbverpächterin versprochen hat, den Erbpächter: „in Freiheit," von allen übrigen Grundlasten zu schützen, nicht weniger die „etwa erforderliche landesfürstliche gnädigste Confirmation dieserhalb auszuwirken," — und daß hierin, mit Rücksicht auf die damalige Steuerfreiheit des fraglichen Kirchengutes und den §. 62 des Gesetzes von 1825, eine Zusage auch künftiger Steuerfreiheit gefunden werden soll;

Daß es indessen der Ausdrucksweise der Entstehungszeit des Erbpachtbriefes ganz widerstreitet, Steuern als Grundlasten zu bezeichnen; daß Steuern und Lasten vielmehr stets gesondert bezeichnet zu werden pflegten;

Daß zwar auch damals Grundlasten ohne Eigenthumsrechte des Berechtigten entstehen konnten; daß aber alsdann und insofern sie sich auf das Unterthanen-Verhältniß bezogen,

sie sich der Natur der Grundgerechtigkeiten näherten, wie Bannrechte rc., während die Steuern wenigstens reichsverfassungsmäßig von der jedesmaligen Bewilligung der Stände abhängig waren; daß ferner nicht abzusehen ist, wie die damaligen vertragschließenden Parteien überhaupt nur auf den Gedanken hätten kommen können, daß die fraglichen Kirchengüter einst mit Steuern, und zwar, wie sich jetzt zeigt, mit solchen Steuern belegt werden würden, welche weit erheblicher als die Erbpachtsrente sind, und den Berechtigten nöthigen würden, zu der Verleihung, welche eine Vermehrung der Einkünfte bewirken sollte, noch jährlich Zubuße zu bezahlen;

Daß endlich die versprochene Einholung landesherrlicher Confirmation nicht auf die versprochene Freiheit von Grundlasten insbesondere, sondern auch auf die vorher versprochene Gewähr und überhaupt auf das ganze neu eingegangene Erbpachtsrecht zu beziehen ist, und auf das Abhängigkeits-Verhältniß hindeutet, in welchem Kirchengemeinden wegen Veräußerung und Verleihung von Kirchengütern zu der Landes-Regierung standen; — Verordnung v. 17. Nov. 1710 (Scotti 1074); daß mithin in dem Erbpachtsbriefe eine Zusage auch künftiger Steuerfreiheit nicht gefunden werden kann;

J. E., daß solche noch weniger in den beiden Erwerbstiteln des Schmitz anzutreffen ist, da hier vielmehr die Uebernahme der Steuern dem Ankäufer jedesmal zur Pflicht gemacht wird;

Daß es in dem letzten sogar heißt: Ankäufer müsse dieselben persönlich bezahlen, was, wie schon früher bemerkt, nichts anders bedeutet, als: er könne sie weder auf den Kaufpreis, noch sonst anrechnen, während seine Zahlungsverpflichtung dem Staate und der Gemeinde gegenüber schon gesetzlich feststand; — daß Schmitz mithin ausdrücklich ein Grundstück kaufte, von welchem der Eigenthümer Steuern ohne Rückforderungsrecht zu bezahlen, als verpflichtet angesehen wurde; — daß sich hiernach der Kaufpreis und das Laudemium richten mußte; — daß es daher sich nicht darum handeln kann, ob der Verklagte die bezahlten Steuern zurückfordern dürfe, — sondern nur darum, ob Schmitz durch vertragsmäßige Uebernahme der Steuern nicht sogar nach §. 59 des Gesetzes vom 21. April 1825, seinen Erben das Recht vergeben habe, gegen die Erbverpächterin irgend einen Anspruch wegen der Steuerzahlung, und insbesondere nach

§. 68. des Gesetzes vom 21. April 1825, ein Fünftel Abzug an der Rente zu machen, wie ihm solches eventuell zugestanden wird;

J. E., daß die Geltendmachung dieses Abzugs für die bisher bezahlten Steuern nach §. 73 des bezogenen Gesetzes, in Verbindung mit Art. 1235 des B. G. B. schon um deswillen zurückgewiesen werden muß, weil weder die bezahlte Steuer, noch die bezahlte Rente als eine Nichtschuld betrachtet werden kann, Schmitz vielmehr erstere, als Eigenthümer, nach dem Gesetze dem Staate und der bürgerlichen Gemeinde, und letztere nach dem Erbpachtsvertrage der kirchlichen Gemeinde rechtlich schuldig war;

Daß er daher keinenfalls eine Nichtschuld bezahlt, sondern nur versäumt hat, von einer ihm zustehenden Rechtswohlthat Gebrauch zu machen;

J. E., was den Abzug eines Fünftels für die noch nicht bezahlten Renten betrifft, daß die erwähnte Uebernahme der Verpflichtung zur Steuerzahlung der Widerverklagten nicht unmittelbar gegenüber geschehen ist; daß die Verkäufer zwar allen Grund hatten, der Steuerverpflichtung ausdrücklich zu erwähnen, um sich vor Rückgriffen zu sichern; — daß es ihnen aber an jeder Veranlassung fehlte, den Schmitz auf eine Rechtswohlthat zu Gunsten der Widerverklagten verzichten zu lassen;

Daß Schmitz selbst einer fremden Kirchengenossenschaft gegenüber hierzu noch weniger geneigt sein konnte;

Daß auch eine ausschließliche Uebernahme der Steuer der Erbverpächterin gegenüber, wie sie der §. 59 des bezogenen Gesetzes voraussetzt, in den genannten Erwerbstiteln nicht gefunden werden kann; daß die einfache Anerkennung der Steuerpflicht aber noch nicht als Verzicht auf das Recht des Abzuges an der Rente zu betrachten ist, und Verklagter somit befugt erscheint, bei allen fernern Zahlungen ein Fünftel abzuziehen;

J. E., daß es hiernach auf die sonstigen Einreden der Parteien nicht weiter ankommt, und der Kostenpunkt sich nach dem theilweisen beiderseitigen Unterliegen richten muß;

Aus diesen Gründen

und indem auf Klage und Widerklage erkannt wird, verurtheilt das Kgl. Landgericht den Verklagten in seiner Eigenschaft als Vormund der Minderjährigen Schmitz, der Klägerin die seit dem 30. März 1849 bis Martini 1850 schuldige

Erbpachtsrente von den, den bezeichneten Minderjährigen zugehörigen, zu Elberfeld u. s. w. gelegenen Grundstücken, enthaltend u. s. w. mit aufstehenden Gebäulichkeiten, für das Jahr mit 1 Reichsthaler 43 Albus 11 Heller, oder 1 Thlr. 9 Sgr. 8 Pfg. zu bezahlen; — gestattet denselben jedoch ein Fünftel der hiernach schuldigen Summe für Steuern in Abzug zu bringen; verurtheilt den Verklagten ferner, der Klägerin wegen des Ankaufes jener Grundstücke in dem Adjudikationstermine vom 30. März 1849 ein Laudemium von 2 Prozent des Ankaufspreises zu 7800 Thlr., mit 156 Thlrn., zu entrichten, und sowohl von dem Rentrückstande, als dem Laudemium Zinsen zu 5 Prozent seit dem Tage der Klage, 23. März d. J., der Klägerin zu bezahlen, legt dem Verklagten 2/3 der Kosten zur Last, compensirt das letzte Drittel und weiset alle übrigen Anträge der Parteien zurück.

Gegen dieses Urtheil ergriff der Vormund der Minorennen Schmitz das Rechtsmittel der Berufung zum Rh. A. G. H., indem er zwei Beschwerdepunkte, nämlich die Verurtheilung zur Zahlung des Laudemiums und die Abweisung der Widerklage, geltend machte und zu deren Rechtfertigung im Wesentlichen ausführte: 1) die deutsche Erbpacht sei, wie in ihrem Ursprunge, so auch in ihrem Charakter und ihren Eigenthümlichkeiten, wesentlich verschieden von der römischen Emphyteusis, und eine Anwendung der Bestimmungen des römischen Rechts auf jenes deutsche Rechtsverhältniß um so weniger gerechtfertigt, als auch gerade das Bergische Statutarrecht, in Cap. 106 Bestimmungen über das Erbpachtverhältniß enthalte, und daher die in Cap. 108 enthaltene Verweisung auf das gemeine Recht keine Anwendung finde; es werde bestritten, daß das Laudemium im Bergischen landesüblich gewesen, und die Autorität Bewers, da derselbe keine Judicate für seine Ansicht anführe, nicht anerkannt; sodann werde jede Anwendung des älteren Rechts ausgeschlossen durch das Decret vom 12. November 1809 über die Einführung des Code, sowie durch das Gesetz vom 2. März 1850, Tit. II, §. 40. über die Aufhebung der Reallasten. Die Laudemialpflicht aber auch unterstellt, könne doch nur der Werth des erbpächtigen Bodens, nicht der Verkaufspreis des später darauf errichteten Hauses bei der Bestimmung des Laudemiums maaßgebend sein. — 2) Da das Grundstück zur Zeit der Verleihung steuerfrei gewesen, so könne in der Zusicherung der Freiheit von Grundlasten

nur die Verpflichtung gefunden werden, das Grundstück auch fernerhin steuerfrei zu erhalten; dem Verpächter fielen demnach die später auferlegten Steuern und darunter auch die Gebäudesteuern zur Last, wie auch Archiv 25, 2, 61. erkannt worden sei; jedenfalls müsse den Appellanten der Abzug eines Fünftels auch für die Vergangenheit gestattet werden, da ein Verzicht auf diese Rechtswohlthat nicht vermuthet werden könne.

Für die Appellatin wurde dagegen ausgeführt, die Berufung sei unannehmbar oder doch jedenfalls unbegründet. Die Unannehmbarkeits-Einrede mag hier übergangen werden, da sie ein besonderes Interesse nicht darbietet.

Zur Sache selbst aber wurde bemerkt: 1) durch den Contract von 1746 sei das fragliche Grundstück in landesüblichen Erbpacht ausgethan; das urspünglich deutsche Institut der Erbpacht habe sich dem Einfluß des recipirten römischen Rechtes nicht zu entziehen vermocht, wie aus den Bestimmungen der Jülich-Bergischen Rechts-Ordnung selbst hervorgehe; bei der Dürftigkeit dieser Bestimmungen sei ein Zurückgehen auf das gemeine Recht, wie es das Cap. 108 vorschreibe, nothwendig, und wie der von Bewer constatirte Usus bekunde, auch gerade hinsichtlich des Laudemiums landesüblich gewesen; die fortdauernde Anwendbarkeit der einschlagenden Bestimmungen des gemeinen Rechts sei weder durch das Decret vom 12. November 1809, weil eben der Code nichts über Emphyteusen enthalte, noch durch das Gesetz vom 2. März 1850 ausgeschlossen, weil die betreffenden Verhältnisse für Berg schon durch das Gesetz vom 21. April 1825 regulirt worden, welches in §. 24 die Fortdauer des Rechts auf Laudemium ausdrücklich anerkenne; so haben auch der Rh. A. G. H. und Cassations-Hof erkannt, Arch. 31, 1, 60. u. 32, 2. A. 58. Eine Beschränkung des Laudemiums auf den Werth des Bodens, ohne Rücksicht auf das darauf erbaute Haus widerstreite ebenso den allgemeinen Principien, als den hier zur Sprache kommenden Erwerbtiteln. 2) Zu den Grundlasten gehörten nicht die in der Neuzeit eingeführten Grundsteuern; diese müsse der Verpflichtete, der ja auch nunmehr Eigenthümer geworden sei, tragen; auch der Fünftelabzug könne für die bezahlten Beträge nicht gefordert werden, weil die Bedingungen der condictio indebiti nicht vorlägen; schließlich werde noch Bezug genommen auf die Entscheidungen im Archiv 2, 2,

161. — 5, 2, 81. — 18, 1, 83. — 19, 1, 26. — 24, 1, 247. — 25, 1, 194. — 20, 1, 92.

In Uebereinstimmung mit dem Antrage des öffentl. Ministeriums erließ darauf der A. H. folgendes

Urtheil:

J. E. zur Sache selbst, daß der erste Richter die Entscheidung der Frage, ob durch den vorliegenden Erbpachtscontract vom 3. Oktober 1746 die Verbindlichkeit zur Zahlung eines Laudemiums überhaupt begründet worden sei, ganz sachgemäß nicht von der Aehnlichkeit oder Identität der deutschrechtlichen Erbpacht mit der Emphyteusis des römischen Rechts im Allgemeinen, sondern vielmehr von der andern Frage abhängig gemacht hat, ob nach dem im Herzogthume Berg vor Einführung der neuern Gesetzgebung geltenden Rechte die Laudemialpflicht bei Erbpachtsverhältnissen überhaupt als landesüblich bestanden habe;

Daß diese letztere Frage aber nach Anleitung der in dem angegriffenen Urtheile bezogenen Bestimmungen der bergischen Rechts-Ordnung und namentlich aus Rücksicht auf das Zeugniß Bewer's in dessen Sammlung von Rechtsfällen Band IV. p. 204 ff. nur bejaht werden kann;

Daß Bewer zwar keine Judikate für den von ihm aufgestellten Satz anführt, daß die Besitzer erbpächtiger Güter bei deren Veräußerung ein Laudemium von 2 Prozent des Uebertragspreises an den Erbpachtsherrn landesüblich zu entrichten haben;

Daß seine Autorität aber wesentlich durch die beiden von ihm mitgetheilten Kammeralverordnungen vom 21. Jan. 1764 und 8. Juli 1777 bestätigt wird, und zwar um so mehr, als diese Verordnungen keineswegs zunächst den Zweck hatten die Laudemialpflicht der Erbpächter als in dem bestehenden Rechte begründet in Erinnerung zu bringen, (was allerdings das Gewicht dieser Verordnungen mit Rücksicht auf die Stelle von der sie ausgingen, sehr schwächen müßte), sondern vielmehr bei Gelegenheit der Entscheidung über die hin und wieder in Zweifel gezogene Frage, ob auch bei Kurmudsgütern das Laudemium entrichtet werden müße, nur beiläufig die Laudemialpflicht der Erbpächter als ganz unzweifelhaft erwähnen;

Daß es hiernach auch nicht auffallen kann, daß von Seiten der appellatischen Kirchengemeinde keine Judikate von bergischen

Gerichten über die in Rede stehende Verpflichtung beigebracht worden sind, da die nach Anleitung jener Verordnungen landesübliche Laudemialpflicht von Seiten der Erbpächter wohl nur selten oder nie wird bestritten worden sein;

Daß noch weniger aber die Bezugnahme des Appellanten auf die der Subhastation vom 30. März 1849 zu Grunde gelegten Bedingungen, wonach der Ansteigerer sich den Besitz des subhastirten Hauses selbst verschaffen sollte, so wie das Anrufen der §§. 2 Nro. 2 und §. 40 des Gesetzes vom 2. März 1850 den Appellanten von der Verpflichtung zur Zahlung des Laudemiums befreien kann, da der Vater der Minorennen Schmitz einestheils unbestritten in Folge des ihm ertheilten Zuschlags den Besitz des in Rede stehenden Hauses ohne Hinderniß angetreten hat, dann aber auch der §. 5 des bezogenen Gesetzes ausdrücklich die dem Erbverpächter zu zahlenden Abgaben und Lasten aufrecht erhält, und die beschränkende Bestimmung des §. 40 nach dem was früher über die Laudemialpflicht der Erbpächter im Bergischen ausgeführt worden ist, im untergebenen Falle nicht zur Anwendung kommt;

J. E., daß auch die eventuell in gegenwärtiger Instanz begehrte Beschränkung des Laudemiums auf denjenigen Theil des Steigpreises, welcher dem Werthe des Grund und Bodens ohne Rücksicht auf die im Laufe des Erbpachtverhältnisses darauf errichteten Gebäulichkeiten entspreche, den allgemeinen Grundsätzen bei Berechnung des Laudemiums widerstreitet, und im untergebenen Falle um so weniger sich würde rechtfertigen lassen, als in dem Erbpachtscontracte von 1746 ausdrücklich die Bebauung des in Erbpacht gegebenen Grundstücks vorgesehen war;

J. E., daß der erste Richter bereits sachgemäß ausgeführt hat, daß in dem Versprechen des Consistoriums der evangelisch-reformirten Gemeinde in dem Erbpachtsvertrage vom 3. Oktober 1746: den Erbpächter und dessen Erben in Freiheit von allen übrigen Grundlasten zu schützen, eine Zusage oder ausdrückliche Erwähnung der Steuerfreiheit des in Erbpacht gegebenen Grundstücks im Sinne des §. 62 des Gesetzes vom 21. April 1825 nicht gefunden werden könne, und daher auch die Beschwerde des Appellanten in Betreff der Widerklage sich als unbegründet darstellt;

Aus diesen Gründen

verwirft der Rh. A. G. H. die wider das Urtheil des Kgl.

Landgerichts zu Elberfeld vom 5. November 1851 eingelegte Berufung als unbegründet und verurtheilt den Appellanten in Strafe und Kosten.

I. Senat. Sitzung vom 11. Januar 1853.
Advokaten: Hardung I. — Lautz.

Authentischer Akt. — Landrath. — Doppelte Ausfertigung.

Ein von einem Landrath aufgenommener Akt, durch welchen ein zwischen einem Privaten und einer Gemeinde zustandegekommenes Vertragsverhältniß beurkundet wird, ist weder als ein authentischer, noch, insofern er nicht doppelt ausgefertigt ist, als ein gültiger Privatakt zu betrachten. Art. 1317, 1318, 1325 B. G. B.

Ingermann — Gemeinde Selhausen.

I. E., daß die Appellatin dem Anspruche des Appellanten auf Zuerkennung des Rechts, ihr sämmtliches Hornvieh von ihren in der Gemeinde Selhausen belegenen Grundstücken, namentlich auch von ihrem in dieser Gemeinde gelegenen so genannten Selhauser Hofe, gleich jedem anderen Einwohner der Gemeinde auf der Viehweide der Gemeinde Selhausen weiden zu dürfen, zuerst den Vergleich vom 12. Mai 1820 entgegensetzt, durch welchen die Zahl des von den Appellanten aufzutreibenden Viehs auf 7 Stück bestimmt worden;

Daß nach der vorliegenden Abschrift dieses Akts derselbe zwischen dem damaligen Besitzer des Hofes Joseph Ingermann, dem Autor der Appellanten, einer Seits und dem Balthasar Surcken, welcher sich als Vorsteher der Gemeinde bezeichnet, abgeschlossen und von dem Landrathe des Kreises aufgenommen worden;

Daß bei dieser Beschaffenheit des Vergleichs derselbe vordersamst den Charakter eines authentischen Akts im Sinne des Art. 1317 B. G. B. nicht in Anspruch nehmen kann, da das Amt des Landraths nicht die kompetente Behörde für die Aufnahme von Verträgen in authentischer Form zwischen Privaten oder zwischen Privaten und einer Gemeinde, wenn auch letztere zu seinem administrativen Bezirk gehören mag,

ist, und ein Ausnahmsfall, in welchem auch dem Akte eines solchen Administrativ-Beamten der Charakter der Authentizität beiwohnt, hier nicht vorliegt;

J. E., daß nun zwar der Art. 1318 B. G. B. bestimmt, daß ein Akt, welcher wegen der Inkompetenz oder Unfähigkeit des Beamten, der ihn aufgenommen hat, nicht als authentischer Akt bestehen kann, als Akt unter Privatunterschrift gelten soll, wenn er nur von den Parteien unterschrieben worden, daß es auch in einem solchen Falle bekannten Rechtens der doppelten Ausfertigung des Akts, wenn er gleich synallagmatischer Natur ist, nicht bedarf, daß aber diese Bestimmung dem vorliegenden Vergleiche nicht schützend zur Seite steht, indem der gedachte Artikel nur solche Fälle im Auge hat, in welchem ein überhaupt zur Aufnahme von Akten einer bestimmten Gattung in authentischer Form qualifizirter Beamter nur im speciellen Falle, rücksichtlich des Ressorts, für welches er angestellt ist, oder wegen der Verwandtschaft mit den Parteien zur Aufnahme gerade dieses Akts inkompetent war, nicht aber von dem Fall, in welchem der instrumentirende Beamte überhaupt nicht befugt war, derjenigen Gattung von Akten, wozu der von ihm aufgenommene gehört, den Charakter der Authentizität beizulegen, wie denn übrigens auch der vorliegende Akt weder ein authentischer Akt sein sollte, noch als solcher äußerlich in die Erscheinung tritt;

J. E., daß wenn demnach der fragliche Vergleich lediglich als gewöhnlicher synallagmatischer Akt unter Privatunterschrift im Sinne des Art. 1325 B. G. B. aufgefaßt werden kann, derselbe wegen der mangelnden Ausfertigung in duplo nicht zu Recht bestehen kann, auch es keinem Zweifel unterliegt, daß Appellanten wohl befugt sind, diesen Mangel zu rügen, da der Vergleich nicht zur Exekution gekommen ist, vielmehr ihr Autor denselben bald nach dem Abschlusse widerrufen hat.

Aus diesen Gründen

reformirt der Rh. A. G. H. das Urtheil des Kgl. Landgerichts zu Aachen vom 21. Juli 1821 und statt dessen erkennend, erklärt er, indem er den Vergleich vom 12. Mai 1820 für ungültig erklärt, die Appellanten für wohl befugt, als Eingesessene und Einwohner des Dorfs und der Gemeinde Selhausen von ihren Grundstücken in dieser Gemeinde, namentlich von ihrem unterm 10. August 1818 angekauften in der

Selhauser Gemeinde belegenen Selhauser Hofe, nach demselben Verhältnisse wie die übrigen Einwohner der Gemeinde ihr Hornvieh auf die Gemeinde-Selhauser-Viehweide, während der gewöhnlichen Zeit der Viehtrift mit auftreiben zu lassen, verurtheilt die Appellatin zur Gestattung dieses Rechts der Appellanten und legt der Appellatin die Kosten beider Instanzen zur Last.

II. Senat. Sitzung vom 9. Oktober 1851.
Advokaten: Forst — Müller.

Folle-enchère. — Privilegium. — Einschreibung. — Transscription.

Der Verkäufer, welcher in Folge einer Clausel des Kaufvertrages die Sache auf Gefahr des Käufers auf's neue veräußert, verliert sein Privilegium aus dem ersten Kaufvertrage, wenn dasselbe nicht spätestens 14 Tage nach Transscription des zweiten Kaufaktes inscribirt wird.

Die Grundsätze der folle-enchère sind auf freiwillige Versteigerungen nicht anwendbar.

Schweitzer — Schönen u. Cons.

Die Erben Schweitzer ließen am 23. Mai 1846 ein Grundstück versteigern; Gussow erhielt für 1480 Thlr. den Zuschlag und da er nicht zahlte, so erwirkte Schweitzer für sich und als Cessionar seiner Miterben auf Grund einer der Versteigerungs-Clauseln gegen Gussow ein Urtheil, welches den Wiederverkauf verordnete. Dieser geschah am 17. Juli 1847 auf Betreiben des Schweitzer und unter Zuziehung des Gussow durch einen Notar. Der Zuschlag wurde für 3000 Thlr. ertheilt; der Ansteigerer ließ den Akt vom 17. Juli 1847 transscribiren, leitete das Purgationsverfahren und die Collocation ein. Gussow hatte zwischen den beiden Daten auf dem Grundstücke Gebäude errichtet und Hypothekarschulden contrahirt, welche im Collocations-Status angewiesen wurden; dagegen wies der Commissar des Verfahrens das Gesuch des Schönen: ihn für 1480 Thlr. Kaufpreis privilegialiter zu lociren, ab, weil eine gültige Inscription für diese Forderung nicht bestehe.

Schweitzer erhob Einspruch, weil der restirende Kaufpreis nicht Gegenstand der Vertheilung sein könne, da der Wiederverkauf (folle-enchère) gegen Gussow stattgefunden und dies die Resiliation des Kaufs vom Jahr 1846 einschließe, die Summe daher nicht dem Gussow gehöre, folglich unter die Gläubiger nur der Mehrwerth, den das Grundstück durch Bauten bekommen habe, zu vertheilen sei; sodann weil das Privilegium des Schweitzer durch die Transscription des Aktes von 1847 nicht verloren, und die Resiliation des Aktes von 1846 noch zulässig sei.

Das Kgl. Landgericht zu Aachen verwarf durch Urtheil vom 25. Juli 1850 den Einspruch, weil Schweitzer den Kauf vom 23. Mai 1846 nicht resiliirt, sondern in Ausübung der Rechte seines Schuldners Gussow, welcher Eigenthümer geblieben und am 17. Juli 1847 gezwungener Verkäufer geworden sei, den Wiederverkauf betrieben habe; weil die durch den letztern erzielte, und in Folge Purgation festgestellte Summe den Kaufpreis eines dem Gussow zugehörigen Grundstückes bilde, auf welche Schweitzer seine am 14. Dezember 1848 eingetragene Forderung von 1480 Thlr., so wie eine spätere angemeldet habe; weil die Inscription zu spät erfolgt sei, mithin dem Ansteigerer Schönen und den Hypothekargläubigern des Gussow gegenüber keine Wirkung mehr äußern könne, weil endlich auch die bei der Transscription des Aktes vom 17. Juli 1847 genommene Einschreibung von Amtswegen nur diesen Akt und die 3000 Thlr., nicht aber den Titel und die Forderung des Schweitzer betreffe.

Die von Schweitzer eingelegte Berufung verwarf der Hof übereinstimmend mit dem Antrage des öffentl. Ministeriums durch folgendes

Urtheil:

J. E., daß die unterbliebene Zahlung der von Wilhelm Gussow bei einer auf Anstehen des Appellanten Schweitzer und dessen Miterben am 23. Mai 1846 abgehaltenen Versteigerung erworbenen beiden Baustellen die Verkäufer berechtigte, entweder nach Maßgabe des Art. 1184 des B. G. B. die Auflösung des Vertrages bei Gericht zu beantragen, oder aber das ihnen durch den Art. 2108 l. c. gewährte Privilegium auf den Erlös der anderweit versilberten Immobilien geltend zu machen;

Daß nun aber der Appellant, welcher inzwischen auch Cessionar seiner Miterben geworden war, den ersten Weg nicht betreten hat, vielmehr sich auf den Grund einer speciellen Clausel der Verkaufsurkunde durch ein in Rechtskraft erwachsenes Contumacialurtheil des vorigen Richters vom 4. Juni 1847 ermächtigen ließ, in den darin näher angedeuteten Formen die gedachten Baustellen sammt den vom Ankäufer darauf inzwischen aufgeführten Gebäuden, durch Notar Winkens von Aachen auf Gefahr und Kosten des Gussow einer neuen öffentlichen Versteigerung auszusetzen, was demnächst auch am 17. Juli v. J. in Gegenwart und unter Mitwirkung des Gussow zur Ausführung gebracht wurde;

Daß, wenn der Appellant auf die Bestimmungen der Art. 737 und ff. der B. P. O. über die Wirkungen der folle-enchère Bezug nimmt, um daraus zu folgern, daß der Erlös der Wiederversteigerung nicht als Eigenthum des Gussow angesehen werden könne, hiergegen zuvörderst zu erinnern ist, daß jene Artikel durch die Subhastations-Ordnung vom 1. August 1822 außer Kraft gesetzt worden sind; daß aber selbst dann, wenn letztere mit ersteren wörtlich übereinstimmte, und wenn es wahr wäre, daß der im Wege der Resubhastation entsetzte Ansteigerer rechtlich so betrachtet werden müßte, als wäre er Eigenthümer der ihm zugeschlagenen Immobilien gewesen, der Appellant sich dennoch auf diese Vorschriften mit Erfolg nicht berufen könnte, theils weil eine Resiliation gar nicht Statt gefunden hat, theils weil untergebens der an Gussow erfolgte Zuschlag auf keiner Zwangsversteigerung beruhte und daher auch dieselbe vermittels einer Resubhastation nicht rückgängig gemacht werden konnte und wirklich nicht rückgängig gemacht worden ist, der Appellant vielmehr nach Maßgabe einer Stipulation der Verkaufsurkunde sich gerichtlich ermächtigen ließ, die Immobilien wider Gussow versteigern lassen zu dürfen, somit von ihm ein Vertrag geltend gemacht worden ist, der nach den ihm anklebenden Bestimmungen gewürdigt werden muß und worauf die Grundsätze über Subhastationen nicht ausgedehnt werden dürfen;

Daß allerdings in dem Verkaufsakte vom 17. Juli 1847 die vorzugsweise Abtragung des dem Appellanten geschuldeten Kaufpreises stipulirt worden ist; daß hierdurch indessen die erworbenen Rechte der Realgläubiger des Gussow, welche bei jener Clausel nicht mitgewirkt, noch dieselbe später genehmigt

haben, nicht beeinträchtigt werden konnten, vielmehr der Appellant sich mit dem ihm damals zugestandenen Privilegium begnügen und dessen durch seine etwaige spätere Fahrlässigkeit eingetretene Erlöschung sich selbst beimessen muß;

Daß nun aber dieses Privilegium so wenig zur Zeit des Wiederverkaufs vom 17. Juli 1847 in die Hypothekenregister eingetragen war, als der Appellant innerhalb 14 Tagen a dato der am 18. September v. J. erfolgten Transscription jener Veräußerung seinen Titel vom 23. Mai 1846 hat transscribiren lassen, oder auch nur sein Privilegium einfach eintragen ließ, und daher zu untersuchen ist, ob hierdurch dessen Erlöschung eingetreten sei;

Daß der Appellant in dieser Instanz die angeblich vom Hypothekenbewahrer zu Aachen am 18. September 1847 zu seinen Gunsten vollzogene Eintragung von Amtswegen, weder nachgewiesen, noch überhaupt dieselbe ferner geltend gemacht hat;

Daß, wenn er den ihm zur Begründung der Erlöschung seines Privilegiums entgegengesetzten Art. 834 der B. P. O. dahin auszulegen versucht, daß derselbe auf die unterlassene Eintragung des Privilegiums in den ersten 14 Tagen nach der Transscription eines anderweiten Verkaufsaktes nur die Pönalität verhänge, zu einem Uebergebote im Sinne des Kapitels 8, Titels 16 des Buchs 3 des B. G. B. nicht mehr berechtigt zu sein, keineswegs aber das Privilegium selbst zerstöre, und er, Appellant, folglich durch die am 14. Dezember 1848 geschehene Transscription der Verkaufsurkunde vom 23. Mai 1846 sein Privilegium noch rechtzeitig gewährt habe, dieser Interpretation nicht beigepflichtet werden kann, weil der Art. 834 die Rechte des privilegirten Verkäufers nicht schmälern, sondern erweitern wollte, indem nach den Bestimmungen des B. G. B. der einfache Wiederverkauf das uneingetragene Privilegium des früheren Verkäufers unwirksam machte, und dies nur dahin abgeändert worden ist, daß eine solche Erlöschung erst 14 Tage a dato der Transscription der anderweiten Veräußerung eintreten sollte;

Daß im zweiten Absatze des Art. 834 der Verkäufer mit den im ersten abgehandelten vertragsmäßigen und gerichtlichen Hypothekargläubigern auf eine Linie gesetzt worden ist, und daß, gleichwie diese unter der ausschließlichen Herrschaft des B. G. B. eine selbst früher erworbene Hypothek nach erfolgter Veräußerung des Unterpfandes rechtsgültig nicht mehr in-

scribiren lassen konnten, der Gesetzgeber die zu deren Gunsten getroffene Abänderung auch auf den Verkäufer hat ausdehnen wollen;

Daß zwar die Schlußworte des Art. 834 dem Verkäufer die übrigen ihm im Art. 2108 gewährten Rechte vorbehalten, und die Gegenüberstellung beider Artikel in der Doktrin und Praxis die sehr bestrittene Frage hervorgerufen hat, auf welche Rechte sich jener Vorbehalt beziehe; daß, welches aber immerhin der wirkliche Sinn des Gesetzgebers gewesen sein mag, doch ihm die Absicht nicht unterstellt werden darf, die im Art. 834 getroffenen Veränderungen für unwirksam zu erklären, und daß, wenn also unter der alleinigen Herrschaft des Art. 2108 des B. G. B. das nicht eingetragene Privilegium vermittels eines neuen Verkaufes seine Wirkung verlor, der Art. 834 hingegen die Frist zur Eintragung erweitert und bis 14 Tage nach erfolgter Transscription des neuen Verkaufes ausgedehnt hat, der Appellant die Fortdauer seines Privilegiums aus dem Art. 2108 rechtlich nicht herleiten kann;

Daß hiernach der Appellant durch die Entscheidung des vorigen Richters in keiner Weise beschwert worden ist:

Aus diesen Gründen

verwirft der A. G. H. die wider das Urtheil des Kgl. Landgerichts zu Aachen vom 25. Juli 1850 eingelegte Berufung mit Strafe und Kosten.

III. Senat. Sitzung vom 19. Januar 1853.

Advokaten: Kyll — Forst.

Ordreverfahren. — Appellakt.

In Ordresachen ist ein Appellakt nicht deßwegen als nichtig zu betrachten, weil er keine Beschwerden artikulirt. Art. 763 B. P. O.

Weber — Babenroth.

J. E., daß die von der Partei Borchardt gegen den Berufungsakt vom 6. Juli l. J. vorgeschützte Einrede der Nichtigkeit als gerechtfertigt nicht angesehen werden kann, da die Mittheilung der Beschwerden in dem Berufungsakt zu den essentiellen Formalitäten desselben nicht gehört, auch unter

Strafe der Nichtigkeit nicht vorgeschrieben ist, vielmehr in einer ganz getrennten Verfügung des Art. 763 der B. P. O. anbefohlen wird, auf welche sich der im ersten Theile dieses Artikels angedrohte Nachtheil der Unannehmbarkeit bei nicht beobachteter Berufungsfrist nicht bezieht.

I. Senat. Sitzung vom 18. November 1850.

Advokaten: Bessel — Borchardt — Widenmann — Lautz.

Subhastation. — Drittbesitzer. — Wahl eines Domicils im Zahlungsbefehl. — Nichtigkeit der Zustellung des Subhastationspatents.

Ist die Subhastation gegen Jemanden als Drittbesitzer mitgerichtet worden, der zwar Eigenthümer war, aber das Eigenthum bereits vor dem Zahlungsbefehl wieder an den Schuldner abgetreten hat, so ist die Berufung des Letzteren gegen das seinen Einspruch verwerfende Urtheil des Landgerichts nicht deßwegen unannehmbar, weil sie nicht auch zugleich gegen den angeblichen Drittbesitzer gerichtet wurde.

Enthält der Zahlungsbefehl die Wahl eines Domicils, so braucht der Extrahent die Existenz derjenigen Person, bei welcher Domicil gewählt worden ist, nicht darzuthun; es ist vielmehr Sache des Opponenten die von ihm behauptete Nichtexistenz der betreffenden Person zu beweisen.

Enthält die Copie des die Zustellung des Subhastationspatents an den Subhastaten bekundenden Akts nicht den Tag der Anheftung des Patents, so hat dies die Nichtigkeit des Patents und des ganzen darauf gefolgten Verfahrens zur Folge, wenn auch der Originalakt den Tag der Anheftung enthalten möchte.

§. 2, 16, 32 Subh.-Ordnung.

Wacker — Bertoldi.

Gegen Conrad Wacker, als Schuldner und Mathias Lully als angeblichen Drittbesitzer, wurde am 28. August 1852 bei

dem Friedensgericht zu Bensberg ein Ackergütchen, bestehend aus Wohnhaus, Scheune, Stallung und circa 8 Morgen Land auf Anstehen eines Hypothekar-Gläubigers Bertoldi, der auch den Zuschlag erhielt, subhastirt. In dem Licitations-Termin erschien der Schuldner Conrad Wacker und opponirte gegen das Verfahren unter andern aus folgenden Gründen:

1) weil in dem Zahlungsbefehl vom 12. März 1852 in dem Friedensgerichtsbezirk Bensberg kein Domicil gewählt sei, indem der darin (als zu Bensberg wohnender Privater Mathias Rick) Bezeichnete, dort gar nicht existire;

2) weil bei der an ihn (den Opponenten) am 14. Juni 1852 durch Akt des Gerichtsvollziehers Pauly erfolgten Zustellung des Subhastationspatents der Tag der Anheftung nicht bemerkt sei.

Das Friedensgericht verwies die Parteien zur Erledigung der Opposition an das Landgericht zu Cöln, welches, da zur Rechtfertigung des Einspruchs kein Anwalt auftrat, denselben durch das Erkenntniß seiner Ferienkammer vom 11. September 1852 verwarf.

Dieses Urtheil wurde am 20. Oktober 1852 dem Conrad Wacker auf Anstehen des Extrahenten und Ansteigerers Bertoldi mit dem Licitationsprotokoll zugestellt, worauf Wacker am folgenden Tage dem Bertoldi die Berufung gegen das gedachte Erkenntniß insinuiren ließ.

Nachdem Seitens des Appellaten im Conklusionstermin dahin angetragen worden war, die Berufung, weil sie nicht mit gegen den Lully gerichtet sei, als unannehmbar und nur subsidiarisch als unbegründet zu verwerfen, ließ der Appellant den Lully beiladen.

In der zur mündlichen Verhandlung bestimmten Sitzung legte der Anwalt des Appellanten einen bereits am 15. Oktober 1851 zwischen diesem und Lully vor Notar Hanf zu Bensberg gethätigten Akt vor, durch welchen der durch früheren Akt vom 29. Juni desselben Jahres an Lully geschehene Verkauf des fraglichen Ackergütchens rückgängig gemacht worden war. In Beziehung auf den ersten Einspruchsgrund wurde Seitens des Appellanten bestritten, daß ein Mathias Rick in Bensberg wohne oder dort zur Zeit des Zahlungsbefehls (12. März 1852) gewohnt habe und zum Beweise des zweiten Einspruchsgrundes wurde die dem Appel-

lanten zugestellte Copie des die Zustellung des Subhastationspatents bekundenden Aktes des Gerichtsvollziehers Pauli vom 14. Juni 1852 vorgelegt. Für den beigeladenen Lully wurde bloß dahin angetragen, denselben aus dem Proceß zu setzen.

Der Hof nahm die Berufung durch folgendes Erkenntniß an:

J. E. auf die Einrede der Unstatthaftigkeit der Berufung, daß diese darauf gestützt wird, daß der Subhastat Mathias Lully nicht zugezogen resp. gegen ihn nicht mit appellirt worden;

J. E., daß jedoch ausweise des vom Appellanten vorgelegten Aktes vor Notar Hanf zu Bensberg vom 15. Oktober 1851, der von jenem am 29. Juni ejusdem anni an Lully geschehene Verkauf des subhastirten Gutes bereits am ersterwähnten Tage und somit lange vor dem erst durch Zahlungsbefehl vom 12. März 1852 eingeleiteten Subhastationsverfahren wieder aufgelöst worden, daß sohin dieses Verfahren, insofern es gegen Lully als Drittbesitzer mitgerichtet worden, als ein rein frustrirtes erscheint und somit, da von ihm kein Einspruch dagegen erhoben worden und der Ausfall der Entscheidung über den Einspruch des Appellanten gegen das Verfahren für ihn durchaus gleichgültig ist, für seine Konkurrenz bei der desfallsigen Procedur aber auch ein denkbares Interesse der Parteien selbst nicht besteht, zu seiner Zuziehung in die gegenwärtige Instanz eine rechtliche Veranlassung nicht vorlag;

Daß hiernach die Einrede der Unstatthaftigkeit als nicht begründet zu verwerfen, anderer Seits aber auch die vom Appellanten nachträglich geschehene Beiladung des Lully sich als eine frustrirte darstellt und daher die hierdurch erwachsenen Kosten dem Appellanten zur Last fallen müssen;

J. E. sodann zur Sache und zwar auf den ersten Einspruchsgrund:

Daß ausweise des Zahlungsbefehls des Gerichtsvollziehers Pauli vom 12. März 1852 hierin für den Requirenten bei dem Privaten Mathias Rick zu Bensberg Domicil gewählt ist;

J. E., daß es nun zwar der Unterlassung der Wahl eines Domicils gleich zu achten sein würde, wenn, wie Appellant behauptet, der genannte Rick zur Zeit jener Zustellung in Bensberg gar nicht gewohnt hätte, daß jedoch vom Appellanten der ihm desfalls obliegende Beweis weder erbracht, noch erboten worden;

Daß somit der Zahlungsbefehl dem §. 2 der Subh.-Ord. entsprechend und für genügend anzusehen ist;

J. E. anlangend den zweiten Einspruchsgrund, daß die nun vorgelegte Copie, welche dem Appellanten insinuirt worden, des die Zustellung des Subhastationspatents an ihn betreffenden Akts vom 14. Juni 1852, den Tag der Anheftung des Patents nicht enthält, sondern der hierfür bestimmte Raum im Akte offen gelassen ist;

Daß aber die Subh.-Ordnung im §. 16 hinsichtlich jener Zustellung an die Gläubiger sowohl, als an den Schuldner ausdrücklich bestimmt, daß zugleich in der Zustellungsurkunde bemerkt werden soll, daß und an welchen Tagen die Anheftung des Subhastationspatents geschehen sei und im §. 32 in fine verfügt, daß die Nichtbeobachtung oder Zuwiderhandlung gegen die Vorschrift jenes §. 16 die Nichtigkeit desselben und des ganzen darauf gefolgten Verfahrens nach sich ziehen soll;

Daß jene Bestimmungen des §. 16 sowohl dem Wortlaute als auch der Sache nach unzweifelhaft nicht bloß den betreffenden Original-Zustellungs-Akt, sondern auch die den Gläubigern und dem Schuldner zu insinuirenden Copieen umfaßt;

Daß daher der Umstand, daß der fragliche Original-Akt die Angabe des Tages der Anheftung enthält, den desfallsigen Mangel der dem Appellanten insinuirten Copie nicht zu heben vermag und sohin der Einspruch des Appellanten, insofern er auf diesen zweiten Grund gestützt ist, und insofern auch die eingelegte Berufung für begründet zu erachten ist.

Aus diesen Gründen

erkennt der Rh. A. G. H. für Recht, setzt zuvörderst den beigeladenen Ackerer Mathias Lully aus der Sache und legt die durch diese Beiladung entstandenen Kosten dem Appellanten zur Last; nimmt sodann, unter Verwerfung der Einrede der Unstatthaftigkeit die gegen das Urtheil des Kgl. Landgerichts zu Cöln, Ferienkammer vom 11. September 1852, eingelegte Berufung an, reformirt dieses Urtheil und erklärt den im Licitationstermin vom 28. August 1852 von dem Appellanten erhobenen Einspruch für begründet, vernichtet demgemäß das fragliche von dem Kgl. Friedensgericht zu Bensberg am 5. Juni 1852 erlassene Subhastationspatent und das ganze

darauf gefolgte Verfahren, insbesondere auch den an den Appellaten erfolgten Zuschlag u. s. w.

I. Senat. Sitzung vom 20. Dezember 1852.

Advokaten: Bessel — Forst.

Falliment. — Wirkungen der Antedatirung.

Die von einem Falliten in dem Zeitraum zwischen der antedatirten Eröffnung und der Erklärung des Falliments vorgenommenen Akte und Administrationshandlungen sind nur dann in Ansehung der Gläubiger nichtig, wenn der Fall entweder eines gesetzlich präsumirten oder eines *thatsächlich* constatirten Betruges vorliegt.

Die gegen den Falliten in dem angegebenen Zeitraum erwirkten Urtheile sind nicht nichtig und namentlich dann nicht, wenn sie in Folge einer vor Eröffnung des Falliments angestellten Klage ergangen sind. Art. 442, 443, 444, 445, 447 H. G. B.

Ditges — Boom — Roffers.

Durch ein Urtheil des Handelsgerichts zu Cöln vom 27. Oktober 1847 wurde Ditges in seiner Eigenschaft als gewesener Syndik des Falliments M. van Delden et Zoonen verurtheilt, dem David Boom, Inhaber genanter Firma, welcher inzwischen von seinen Gläubigern ein Konkordat erhalten und am 21. Juni desselben Jahres auf Rechnungslegung geklagt hatte, über seine Verwaltung Rechnung zu legen. Im Verlaufe der Procedur adcitirte Ditges den Kaufmann Roffers, von welchem er aus Gründen, auf welche es hier nicht ankommt, Vertretung gegen die Klage begehrte. Durch Urtheile vom 28. März und 11. Juli 1849 setzte das Handelsgericht das zu Lasten des Ditges bleibende Reliquat auf 20,051 Thlr. fest und wies die Adcitation des Roffers als nicht hierhin gehörig, ab.

Gegen beide Urtheile appellirte Ditges am 5. Oktober 1849; bald darauf, nämlich am 19ten desselben Monats, wurde Ditges selbst durch handelsgerichtliches Urtheil in Fallimentszustand erklärt und es erfolgte eine Antedatirung auf den

21. März 1848. Mittlerweile blieb der Rechnungsproceß längere Zeit liegen, bis der Syndik des Falliments Ditges gegen Ende des Jahres 1852 beide Appellaten Boom und Roffers von Neuem vor den A. G. H. laden ließ, um, wie es in den Akten heißt, die Reformation der fraglichen handelsgerichtlichen Urtheile erkennen zu hören. Vor dem A. G. H. verlangte der Appellant die Vernichtung der genannten Urtheile und die Verweisung der Ansprüche des Appellaten Boom in das Verifikationsverfahren des Falliments Ditges. Die faktische Sachlage war hiernach die, daß die angegriffenen Urtheile in den Zeitraum zwischen der Eröffnung und Erklärung des Falliments, die ursprüngliche Ladung aber und dasjenige Urtheil, welches die Rechnungslegung verordnet hatte, vor jenen Zeitraum fielen. Der Hof hatte demgemäß im Wesentlichen nur die in der Ueberschrift angedeutete Rechtsfrage zu entscheiden, indem außerdem bloß noch die Frage zur Sprache gebracht wurde, ob der Appellant, nachdem er in dem Berufungsakt die Reformation der Urtheile a quibus als petitum hingestellt habe, jetzt noch ihre Vernichtung zu verlangen befugt sei.

Der Hof verwarf in Uebereinstimmung mit den Konklusionen des öffentl. Ministeriums den Antrag des Appellanten durch folgendes

Urtheil:

J. E., daß, wenn auch der appellantische Syndik trotz seiner in dem Akte vom 24. September 1852 enthaltenen Aufnahme der Appellation in der Lage, worin sie sich befand und trotz seines darin nur auf Reformation der angegriffenen Urtheile gestellten Petitums, dermalen noch für befugt erachtet werden könnte, die Nichtigkeit dieser Urtheile vorzuschützen, der desfallsige Antrag doch jeden Falls für unbegründet zu halten ist;

J. E., daß nämlich der Art. 442 H. G. B., welcher verfügt, daß der Fallit vom Tage des Falliments von Rechtswegen die Administration seines Vermögens verlieren soll, nur den Zweck hat, den Gläubigern das in seinem Vermögen beruhende gemeinschaftliche Unterpfand zu sichern;

J. E., daß die Normen über die Gültigkeit der von dem Falliten in der Zeit zwischen dem Tage der Eröffnung und Erklärung des Falliments vorgenommenen Handlungen der

Vermögensadministration und über ihre rechtlichen Wirkungen durch die allgemeinen Principien und die in den Art. 443, 444, 445, 446 und 447 des H. G. B. enthaltenen Grundsätze bestimmt werden;

Daß die Proceßführung den Administrationshandlungen gleichsteht;

Daß in den vorstehend erwähnten gesetzlichen Bestimmungen die Ungültigkeit der von dem Falliten zum Nachtheile seiner Gläubiger vorgenommenen Akte nur für den Fall eines gesetzlich präsumirten oder thatsächlich konstatirten Betrugs ausgesprochen wird und jene Akte namentlich zum Vortheile eines Dritten, welcher in gutem Glauben gehandelt hat, überall bestehen bleiben;

Daß der Fall eines gesetzlich präsumirten Betruges hier *nicht* vorliegt;

Daß der gegenwärtige Rechtsstreit bereits im Jahre 1847, also lange vor Eröffnung des Falliments von Ditges eingeleitet worden ist, und der seitherige Gang desselben den Beweis liefert, daß der Appellat überall nur sein Recht gegen den fallirten Ditges geltend zu machen suchte, und selbst die angegriffenen Urtheile noch zu einer Zeit erwirkt hat, wo das Falliment weder öffentlich bekannt, noch ausgesprochen war;

Daß diese Urtheile von dem Appellaten in dem guten Glauben, seinem wirklichen und legitimirten Gegner gegenüber zustehen, erstritten sind und solche daher auch, dem Bisherigen gemäß, nicht schon um deswillen als nichtig betrachtet werden können, weil sie nach dem Zeitpunkte, worauf die Eröffnung des Falliments festgesetzt wurde, erlassen worden sind;

Daß demnach der desfallsige Antrag des Appellanten verworfen werden muß.

Aus diesen Gründen

verwirft der Kgl. Rh. A. G. H. den Antrag des Appellanten, die Urtheile vom 28. März und 11. Juli 1849 als ungültig und wirkungslos zu erklären, als unbegründet und verurtheilt denselben in die durch diesen Zwischenpunkt entstandenen Kosten, verordnet die Einlassung zur Hauptsache und bestimmt zu dem Ende die Sitzung vom 2. März laufenden Jahres.

III. Senat. Sitzung vom 3. Februar 1853.

Advokaten: Bagedes — Bessel — Wallraf.

Frachtführer. — Eisenbahn. — Verantwortlichkeit. — Handelsgericht. — Contumacialurtheil. — Opposition. — Berufung.

Gegen handelsgerichtliche Contumacialurtheile ist die Berufung auch während der Oppositionsfrist zulässig. Art. 449, 453 B. P. O. — Art. 645 H. G. B.

Die Clausel in dem Frachtbriefe, auch einer Eisenbahngesellschaft, daß bei der Entschädigung für vernichtete oder abhanden gekommene Güter der Werth eines Centners nie höher als 20 Thlr. angenommen werde, ist gültig und wirksam, in sofern nicht dadurch die Verantwortlichkeit wegen des eigenen Dolus des Frachtführers oder wegen einer der Arglist gleichstehenden groben Verschuldung desselben beschränkt werden soll.

Art. 103 H. G. B. — Gesetz v. 3. Nov. 1838. §. 25.

Köln-Mind. Eisenbahngesellschaft — Langen.

Das hier folgende Urtheil ist aus sich selbst verständlich. Hinsichtlich des ersten in demselben ausgesprochenen Satzes dürfte die Jurisprudenz des A. G. H. als constant zu betrachten sein. — Arch. 4, 1. S. 61 u. 182. — 7, 1. S. 219. — In Bezug auf den zweiten hat der I. Senat sich nunmehr auch für die in dem Urtheile des III. Senats vom 3. Dezember 1849 — Arch. 45, 1. S. 129 — und in dem Urtheile des Revisions- und Cassationshofes vom 16. März 1852 — Arch. 47, 2 A. S. 35 — ausgesprochene Ansicht erklärt, so daß also nur der II. Senat des Hofes — Arch. 47, 1. S. 97 — eine solche Clausel für gesetzwidrig und unwirksam hält.

Urtheil:

J. E. auf die der Berufung entgegengesetzte Einrede der Unannehmbarkeit, daß der Art. 645 des H. G. B., nachdem er die Berufungsfrist in Handelssachen sowohl bei contradictorischen, als auch bei Contumacialurtheilen bestimmt hat, ganz allgemein und abweichend von den Vorschriften des gewöhnlichen Prozeßverfahrens gestattet, das Rechtsmittel der Berufung schon an dem Tage einzulegen, an welchem das handelsgerichtliche Urtheil gesprochen worden;

Daß hierdurch sowohl der Art. 449, als auch der Art. 455 der B. P. O. für das Verfahren in Handelssachen außer Anwendung gesetzt wird, indem keine zureichenden Gründe dafür vorliegen, die Verfügung des gedachten Art. 645 in der Art beschränkend auszulegen, daß dadurch nur das Verbot des Art. 449 habe aufgehoben werden sollen;

J. E. zur Sache, daß nach den Anträgen und Auslassungen der Parteien thatsächlich als feststehend anzunehmen ist, daß der hier zunächst maaßgebende Frachtbrief ausdrücklich die Bestimmung des §. 12 Nro. 7 des Vereins-Reglements für den Güterverkehr erwähnt hat, wonach bei der völligen Entschädigung für abhanden gekommene nicht besonders versicherte Güter der von der Eisenbahngesellschaft zu ersetzende Werth *nie höher als* 20 Thlr. für den Centner angenommen *werden solle*, so daß nur zu untersuchen bleibt, in wie weit die von der appellatischen Handlung gegen die Rechtsbeständigkeit dieser Vertragsbedingung vorgebrachten Einwendungen für begründet erachtet werden können;

Daß die erwähnte Bestimmung des Vereins-Reglements allerdings auf indirectem Wege die durch den Art. 103 des H. G. B. und §. 25 des Eisenbahngesetzes der Appellantin auferlegte Verbindlichkeit im Falle des Verlustes der ihr zur Weiterbeförderung übergebenen Sachen unverkennbar wesentlich beschränkt;

Daß aber nach allgemeinen, auch im römischen Rechte anerkannten Grundsätzen es den Contrahenten freisteht, die bei den einzelnen Verträgen gesetzlich aufgestellten Regeln für den Umfang der Verpflichtungen zum Ersatze des durch eigenes Verschulden contractswidrig verursachten Schadens durch beiderseitige Uebereinkunft abzuändern, in so weit nur nicht die Verantwortlichkeit für den eigenen dolus und die demselben gleichzustellende culpa lata ausgeschlossen wird, indem eine so weit gehende Vereinbarung den guten Sitten widersprechen würde, und deshalb auf rechtlichen Schutz keinen Anspruch machen könnte;

Daß hiernach das im Art. 98 des H. G. B. ausdrücklich anerkannte Recht der Contrahenten die gesetzlichen Bestimmungen über die Haftbarkeit des Commissionairs durch Vertrag in jedem einzelnen Falle abzuändern, keineswegs als eine für das Commissionsgeschäft gegebene Ausnahme-Vorschrift,

sondern nur als eine beiläufig ausgesprochene ausdrückliche Anerkennung der für alle Verträge geltenden Grundsätze aufgefaßt werden kann, und deshalb auch daraus, daß der Art. 103 des H. G. B. bei dem Frachtcontracte keine ähnliche Bestimmung enthält, nicht geschlossen werden darf, daß hierbei eine solche die gesetzlichen Regeln über die Verantwortlichkeit des Frachtführers modificirende Vereinbarung überhaupt unzulässig und unwirksam sein solle;

Daß auch das erwähnte Eisenbahngesetz keineswegs eine Abänderung der bei Verträgen geltenden allgemeinen Grundsätze im Interesse des Publikums bezweckte, indem der bezogene §. 25 nur die im Art. 103 des H. G. B. enthaltene Vorschrift wiederholt, und dadurch die Eisenbahngesellschaften den sonstigen Transport-Unternehmern gleichstellt, ohne dabei jedoch in irgend einer Weise die Verbindlichkeiten der Eisenbahngesellschaften zu erweitern oder die sonst gestattete vertragsmäßige Modification derselben auszuschließen;

J. E., daß demnach die in Rede stehende Vertragsclausel rücksichtlich der für abhanden gekommene Waaren zu leistenden Entschädigung im Allgemeinen für rechtsverbindlich zu halten ist, und es Sache der Appellatin sein würde, nachzuweisen, daß ausnahmsweise dieselbe um deswillen ihr mit Erfolg nicht entgegengestellt werden könne, weil der Verlust der fraglichen Seide-Waaren absichtlich oder durch grobes Verschulden von Seiten der Appellantin herbeigeführt worden sei;

Daß in dieser Hinsicht aber weder Beweise erbracht, noch auch erboten worden sind;

Aus diesen Gründen

reformirt der A. G. H. das Urtheil des Kgl. Handelsgerichts zu Köln vom 23. November 1849, verurtheilt Statt dessen die Appellantin unter Abweisung der Mehrforderung nur zur Zahlung von 9 Thlr. 6 Sgr., legt die Kosten der gegenwärtigen Instanz der Appellatin zur Last, beläßt es rücksichtlich der Kosten erster Instanz bei der Bestimmung des angegriffenen Urtheils und verordnet die Rückgabe der Strafgelder.

I. Senat. Sitzung vom 31. Januar 1853.

Advokaten: Compes — Thesmar.

Siegelanlage. — Refereverfahren. — Handelsgericht. — Competenz. — Execution handelsgerichtlicher Urtheile.

Der Referebescheid des Landgerichts-Präsidenten über die bei einer Siegelanlage sich erhebenden Differenzen hindert die Parteien nicht, ihre durch die Siegelanlage berührten materiellen Rechtsansprüche im gewöhnlichen Prozeßverfahren zu verfolgen. — Art. 806 B. P. O.

In einem solchen Falle treten die allgemeinen Competenzbestimmungen in Anwendung. — Namentlich begründet der Umstand, daß das Refereverfahren vor dem Präsidenten eines Landgerichts stattgefunden, nicht nothwendig auch die Competenz dieses Landgerichts in dem spätern gewöhnlichen Verfahren.

Ist die zu entscheidende Frage überhaupt und in materieller Beziehung handelsrechtlicher Natur, so wird die Competenz des Handelsgerichts weder durch den Umstand, daß früher ein Refereverfahren vor dem Landgerichts-Präsidenten, noch auch durch den andern ausgeschlossen, daß die Siegelanlage auf Grund eines handelsgerichtlichen Urtheils stattgefunden hat, da — was das Letztere betrifft, — nur die bei Gelegenheit der Execution handelsgerichtlicher Urtheile entstehenden **rein civilrechtlichen** Streitigkeiten den ordentlichen Gerichten überwiesen sind. — Art. 442 u. 453 B. P. O.

Moubis — Falliment Hoffmanns.

Auf den Grund eines Urtheils des Handelsgerichts zu Gladbach vom 4. Juni 1852, durch welches die Fallimentserklärung der Gebrüder Hoffmanns zu Breyell ausgesprochen und die Siegelanlage verordnet worden war, beantragten die Syndiken des Falliments auch die Versiegelung der nach ihrer Angabe zur Fallitmasse gehörigen, in den Kellern des Kaufmanns Moubis daselbst lagernden Weine. Nachdem eine Opposition des Moubis gegen die beabsichtigte Siegelanlage durch Refere-Entscheidung des Landgerichts-Präsidenten zu Cleve vom 19. Juli desselben Jahres verworfen und darauf

am folgenden Tage die Versiegelung wirklich vorgenommen worden war, opponirte Moubis von Neuem gegen dieselbe mit Ladung zum Landgerichte zu Cleve, woselbst er geltend machte, die besagten Keller und die darin befindlichen Weine seien sein Eigenthum und fortwährend in seinem, nie aber im Besitze der Falliten gewesen, welche sich überhaupt nie mit Weinhandel befaßt hätten. Sein Antrag ging daher auf Aufhebung der Siegelanlage und Freistellung der versiegelten Räume und der darin befindlichen Weine.

Der Anwalt der Syndike setzte dem entgegen:

1) die Klage gehöre als ein Streit zwischen Handelsleuten über das Eigenthum an Waaren zur Competenz des Handelsgerichts zu Gladbach, oder aber, wenn man annehmen wollte, es handle sich von einem Streite über die Execution eines handelsgerichtlichen Urtheils, vor das Landgericht zu Düsseldorf, in dessen Bezirk das Handelsgericht zu Gladbach liege;

2) die Klage sei, als eine selbstständige, nichtig, weil ein Sühneversuch nicht vorhergegangen;

3) sie sei unstatthaft, da über die Frage, ob versiegelt werden dürfe, nicht das Gericht, sondern nur der Landgerichts-Präsident durch einen der Berufung unterworfenen Refere-Bescheid zu erkennen habe;

4) sie sei aber auch unbegründet, da die Entsiegelung bereits stattgefunden und die Räumung des Kellers durch den Opponenten selbst verhindert werde, indem er sich der Entfernung des Weines widersetze.

Das Landgericht erkannte hierauf:

J. E., daß durch Refere-Entscheidung vom 19. Juli d. J. der Seitens des heutigen Opponenten gegen die auf Grund des handelsgerichtlichen Urtheils vom 4. Juni d. J. beantragte Versiegelung erhobene Einspruch verworfen worden ist, und demnächst die Siegelanlage in der Art und Weise, wie sie nur geschehen konnte, d. h. an den die fraglichen Weine enthaltenden Kellerräumen stattgefunden hat;

Daß die gegenwärtige Opposition, wenngleich das Petitum nur auf Aufhebung der Siegelanlage und Freigebung der Räume gerichtet ist, dennoch in ihrem Grunde nur die Entscheidung über das Eigenthum der fraglichen Weine bezweckt, wie dies aus den in der Opposition enthaltenen Gründen u. s. w. erhellt;

Daß diese Frage aber wegen ihrer handelsrechtlichen Natur nach Art. 576 ff. H. G. B. zur Competenz des Handelsgerichts gehört und deshalb die Seitens der Oppositen erhobene Incompetenzeinrede begründet erscheint;

Aus diesen Gründen

erkennt das Kgl. Landgericht für Recht, erklärt sich für incompetent, u. s. w.

Moubis legte von diesem Urtheile die Berufung ein und suchte bei der Verhandlung im Wesentlichen auszuführen, daß die Siegelanlage auf Grund des die Fallimentserklärung aussprechenden, mithin eines handelsgerichtlichen Urtheils stattgefunden habe, daß also die Frage, ob die Siegel auf seine Keller mit Recht angelegt worden, die Execution eines handelsgerichtlichen Urtheils betreffe, und daher nach Art. 442 B. P. O. der Cognition des Handelsgerichts entzogen sei; daß aber auch aus dem Umstande, daß der Landgerichts-Präsident in den bei Siegelanlagen entstehenden Streitigkeiten nur eine vorläufige Entscheidung im Refereverfahren erlasse, deren Beurtheilung in materieller Beziehung dem gesammten Gerichte unterbreitet werden könne, nothwendig folge, daß dieses Gericht ein ordentliches und zwar dasjenige Civilgericht sein müsse, welchem der Richter im Refereverfahren als Präsident vorstehe.

Der appellatische Anwalt suchte dagegen die Entscheidung des ersten Richters zu rechtfertigen und event. die übrigen, schon in erster Instanz entwickelten Einreden geltend zu machen.

Das öffentl. Ministerium war der Ansicht, daß nach dem Gange, welchen die Procedur genommen habe, und nach der aus den Anträgen des Appellanten hervorleuchtenden Intention desselben anzunehmen sei, er habe im Wesentlichen die Entscheidung über das Eigenthum der qu. Weine provociren wollen; daß hierüber zu entscheiden das Handelsgericht die competente Gerichtsbehörde und daher die Berufung zu verwerfen sei.

Der A. G. H. erkannte hierauf, wie folgt:

J. E., daß nach Art. 921 der B. P. O. bei Schwierigkeiten und Hindernissen, welche sich bei der Anlegung von Siegeln ergeben, zwar zunächst die Entscheidung des betreffenden Landgerichts-Präsidenten im Refereverfahren provocirt werden kann;

Daß jedoch diese dem Landgerichts-Präsidenten ertheilte Attribution nach der Natur der Refere-Bescheide überhaupt, namentlich nach der ausdrücklichen Vorschrift des Art. 806 der B. P. O. die Befugniß einer Entscheidung über die dem Widerspruche gegen die Siegelanlage zu Grunde liegenden materiellen Rechts-Ansprüche der Parteien keineswegs in sich schließt, und folgeweise auch die Parteien nicht hindert, ihre Rechte im gewöhnlichen Prozeßverfahren zu verfolgen;

Daß sie zu dem Ende aber sich an dasjenige Gericht wenden müssen, welches nach den allgemeinen Competenz-Bestimmungen über den zu verfolgenden Rechts-Anspruch zu erkennen hat;

Daß namentlich der bezogene Art. 921 der B. P. O. dadurch, daß er die vorläufige Entscheidung dem betreffenden Landgerichts-Präsidenten im Refereverfahren überweist, nicht zugleich auch dasjenige Landgericht, dem der Refere-Richter als Präsident vorsteht, als das Forum bezeichnet, welches in allen Fällen über den der Siegelanlage entgegengesetzten materiellen Rechtsanspruch zu erkennen habe;

Daß deshalb der erste Richter mit Recht die von den Appellaten vorgebrachte Incompetenz-Einrede nach den allgemeinen Regeln über die Ressortverhältnisse der Gerichte beurtheilt hat;

Daß in dieser Hinsicht zwar zur Zeit nicht constirt, ob die Opposition des Appellanten gegen die Siegel-Anlage, welche sich unverkennbar als eine den Schutz des Eigenthums an den in Streit begriffenen Weinen bezweckende Klage darstellt, eine Revindikation im Sinne des Art. 576 des H. G. B. in sich schließe;

Daß aber auch abgesehen davon, daß einer analogen Anwendung der Art. 576 u. ff. auch auf andere Rechtsgeschäfte als auf Kaufverträge erhebliche Bedenken nicht entgegenstehen, das durch die producirte schriftliche Erklärung vom 30. Juni 1851 bescheinigte Rechtsverhältniß zwischen dem Appellanten und der inzwischen fallirten Handlung Wilhelm und Gerhard Hoffmann rücksichtlich der in Rede stehenden Weine jedenfalls nach der allgemeinen Vorschrift des Art. 631 Nro. 1 so lange der Beurtheilung des Handelsgerichts unterliegt, als nicht nachgewiesen wird, daß dasselbe mit dem Handel der Interessenten in keiner Verbindung stehe;

Daß ein solcher Nachweis indeß weder geführt ist, noch auch erboten wird;

Daß endlich auch die von dem Appellanten angerufenen Art. 442 u. 453 der B. P. O. die Competenz des Handelsgerichts in der vorliegenden Sache nicht ausschließen, indem diese Artikel nur bezwecken, die bei Gelegenheit der Execution von handelsgerichtlichen Urtheilen entstehenden rein civilrechtlichen Streitigkeiten den ordentlichen Gerichten zu überweisen; keineswegs aber den Handelsgerichten die Entscheidung über alle dem Handelsrechte angehörenden Streitfragen entziehen, welche sich bei Gelegenheit der Execution der in den Urtheilen der Handelsgerichte angeordneten Maaßregeln und ausgesprochenen Condemnationen ergeben möchten;

Aus diesen Gründen

verwirft der A. G. H. die gegen das Urtheil des Kgl. Landgerichts zu Cleve vom 10. November 1852 eingelegte Berufung und verurtheilt den Appellanten in Strafe und Kosten.

I. Senat. Sitzung vom 21. Februar 1853.

Advokaten: Widenmann — Kyll.

Nichtigkeit des Berufungsakts.

Wenn Eheleute in einem Prozesse verschiedene Interessen vertreten, so muß, bei Strafe der Nichtigkeit, jedem von ihnen eine besondere Abschrift des Berufungsakts zurückgelassen werden.

Art. 61, 456 B. P. O.*)

Blasberg — Mitsching.

Die Intestaterben des verstorbenen Hermann Blasberg belangten die Wittwe desselben, Maria Catharina Jungmann, auf Auseinandersetzung der zwischen ihr und ihrem Manne bestandenen Gütergemeinschaft, und auf Theilung des Nachlasses des Letztern. Die Verklagte setzte diesem Anspruche ein Testament des Verstorbenen entgegen, wodurch er ihrer Tochter, Wilhelmine Jungmann, Ehefrau Leopold Mitsching, seinen ganzen aus Mobilien und Immobilien bestehenden Nachlaß

*) Für den Fall, daß beide Eheleute dasselbe Interesse vertreten — vergl. Arch. 15, 1, 20. — 16, 1, 240.

vermacht hatte. Nachdem die Eheleute Mitsching in den Prozeß gezogen worden, erkannte das Landgericht zu Düsseldorf durch Urtheil vom 3. Mai 1851 auf Abweisung der Klage. Gegen dieses Urtheil legten einige der Kläger am 3. Februar 1852 unter andern auch gegen die Eheleute Mitsching Berufung ein. Nachdem in diesem Akte vom Gerichtsvollzieher referirt worden, daß er mit beiden Eheleuten persönlich gesprochen habe, heißt es am Schlusse desselben weiter: „und damit die genannten Appellaten Eheleute Leopold Mitsching und Wilhelmine Jungmann keine Unwissenheit vorschützen können, habe ich ihnen eine Abschrift dieses Akts in ihrer Wohnung, wie vor redend, zugestellt und zurückgelassen."

Die appellatischen Eheleuten machten gegen diesen Berufungsakt die Einrede der Nichtigkeit geltend, weil nicht jedem von ihnen eine besondere Abschrift des Aktes zurückgelassen worden. Der Hof erkannte in nachstehendem Urtheile auf die Nichtigkeit des Aktes.

J. E., daß es sich den Appellanten gegenüber davon handelt, ob Appellaten den Intestaterben des verstorbenen Hermann Blasberg das Testament desselben vom 7. Februar 1840, worin er der Mitappellatin Ehefrau Mitsching seinen ganzen Nachlaß, welcher außer den Mobiliargegenständen aus bedeutenden Immobilien besteht, entgegensetzen, selbe auf den Grund dieses Testaments von demselben ausschließen und ihn für sich in Anspruch nehmen können;

Daß daher hier nicht blos Mobiliarrechte, welche in die Gütergemeinschaft fallen, deren gesetzlicher Vertreter der Ehemann ist, sondern Immobiliarrechte der Ehefrau, die von der Gütergemeinschaft ausgeschlossen sind, deren Vertreterin sie selbst, wenngleich mit Autorisation ihres Mannes ist, den Gegenstand des Rechtsstreits bilden, und sohin auch appellatische Eheleute in dieser Sache ein verschiedenes Interesse und eine gesonderte Qualität und Stellung als Repräsentanten verschiedener Rechtsansprüche den Appellanten gegenüber einnehmen und nicht als e i n e Person angesehen werden können;

Daß daher auch, wenn das in dieser Sache ergangene, den appellatischen Eheleuten günstige Urtheil erster Instanz im Wege der Appellation angegriffen werden sollte, jedem dieser Eheleuten eine besondere Copie des Appellakts nach Art. 61 und 456 B. P. O. zurückgelassen werden mußte, und da

dies laut des Appellakts vom 3. Februar 1851 nicht geschehen ist, die eingelegte Berufung unannehmbar ist.

Aus diesen Gründen

erklärt der Hof den Appellakt vom 3. Februar 1852 für nichtig und erklärt demzufolge die gegen das Urtheil des Landgerichts zu Düsseldorf vom 3. Mai 1851 eingelegte Berufung für unannehmbar unter Verurtheilung des Appellanten in Strafe und Kosten.

II. Senat. Sitzung vom 24. Dezember 1852.

Advokaten: Borchardt — Seligmann.

Untheilbarkeit der Hypothekbestellung.

Der Hypothekargläubiger, dem mehrere Grundstücke verpfändet sind, ist befugt, seine Forderung bei einem beliebigen Grundstücke zur Location zu bringen, und ein anderer Hypothekargläubiger, der dadurch in Nachtheil kommt, kann diese Facultät nicht bestreiten.

Jansen — Therkatz.

Therkatz ist Gläubiger der Eheleute Metz, die ihm ihre Güter, Nro. 4 bis 17 a des Subhastationspatents, zur Hypothek gestellt hatten: in demselben Akte verbürgte sich Laurenz Houben, Vater der Ehefrau Metz, und stellte zwei Häuser zur Hypothek, Nro. 1 u. 2 des Patents. Im Collocationsverfahren meldete Therkatz sich nur an für die Güter seiner unmittelbaren Schuldner, Nro. 4 bis 17 a. Die Kaufschillinge derselben wurden dadurch fast absorbirt, für den nur auf die Parcellen mit einer Hypothek versehenen Peter Arnold Jansen blieb wenig übrig. Jansen opponirte gegen den provisorischen Status und verlangte, daß Therkatz auch auf Nro. 1 u. 2 locirt werde.

Das den Einspruch verwerfende Urtheil des Kgl. Landgerichts zu Cleve vom 23. April 1851 wurde von dem Kgl. Rh. A. G. H. bestätigt aus folgenden Gründen:

J. E., daß es sich aus den thatsächlichen Feststellungen des angegriffenen Urtheiles ergiebt, daß der Appellat Wilhelm Hubert Therkatz eine specielle Location seiner Forderung auf

die Seitens des ursprünglichen Schuldners ihm zur Special-Hypothek bestellten Realitäten Nro. 4 bis 17 a unter ausdrücklichem Ausschlusse der vom Bürgen mitverhypothesirten Wohnhäuser (Nro. 1 u. 2 des Subhastationspatentes) beantragt und erwirkt hat, — und daß demgemäß die nachfolgende Hypothek des Opponenten, welche sich auf die Nro. 4 bis 17 a beschränkt, theilweise ausgefallen ist, während der Kaufpreis der beiden Wohnhäuser für die spätern Hypotheken der übrigen Appellaten vorbehalten blieb;

J. E., daß die Befugniß des genannten Appellaten, seine Befriedigung in der angegebenen Weise zu suchen, kraft des der Hypothek beiwohnenden und durch Art. 2114 des B. G. B. sanctionirten Charakters der Indivisibilität nicht bezweifelt werden kann, es mithin auf eine Untersuchung der Frage gar nicht ankommen kann, ob derselbe im vorliegenden Falle ohne eigene Gefahr der Eviction und im Interesse eines Dritten angehalten werden könne, seine Hypothek in der Art geltend zu machen, daß die ältere Nachhypothek, soweit als thunlich, vor der jüngern zur Perception gelange;

Daß endlich das Gesetz zur Vermeidung des hier zur Sprache kommenden Uebelstandes dem Inhaber einer Nachhypothek, welcher bei deren Bestellung unterlassen hat, sich die sämmtlichen in der Vorhypothek bereits enthaltenen Realitäten nochmals verhypothesiren zu lassen, lediglich das schließliche Recht vorbehalten hat, in Gemäßheit des Art. 1251 des B. G. B. eine Subrogation in die vorgehende Hypothek seinerseits zu erwirken, und demnächst nach Maßgabe des eigenen Rechtes und Interesses zu handeln.

II. Senat. Sitzung vom 8. April 1852.

Advokaten: Borchardt — Compes.

Fideikommiß. — Zinspflicht des Erben eines Verwalters.

Die Rechtsbeständigkeit eines nicht in Immobilien bestehenden Fideikommisses entscheidet sich nicht nach dem am Wohnorte des Testators, sondern nach dem am Wohnorte des Fiduziars bestehenden Gesetze. Art. 896 B. G. B. Allerh. Kabinets-Ordre v. 23. März 1828.

Der Erbe desjenigen, welcher fremdes Vermögen verwaltet hat, muß allerdings über die Verwaltung Rechnung legen und auch die Zinsen ersetzen, welche sein Autor wegen Nachlässigkeit in der Verwaltung zu bezahlen hatte; allein für die Zeit nach dem Tode seines Autors ist er nicht zinspflichtig, da er keine persönliche Pflicht zur Verwaltung hat.

von Essen — von Elmpt.

Am 16. Mai 1807 verstarb zu Elberfeld die daselbst wohnende Wittwe Ruebel mit Hinterlassung eines Testamentes, in welchem sie $^1/_8$ ihres Vermögens der Caroline Korten, Ehefrau von Elmpt, vermachte und zugleich bestimmte: „und will ich ferner, daß dieser Erbantheil der verehelichten von Elmpt und ihrem Ehegatten Herrn von Elmpt nicht verabfolgt, sondern von dem Schwager derselben, Herrn von Essen, und falls dieser mit Tode abgehen sollte, von Herrn Caspar Engels in Broich in Empfang genommen und verwaltet, die Zinsen davon gedachter Erbin und ihrem Ehegatten lebenslänglich jährlich ausbezahlt werden und das Kapital auf die Kinder derselben ohne Abzug der quarta trebellianica fallen solle.“ In Folge der Versilberung und Vertheilung ihres Nachlasses fiel auf die Ehefrau von Elmpt ein Antheil von circa 8000 Reichsthaler, von dem jedoch eine Schuld der letztern an die Masse mit etwa 4000 Reichsthaler in Abzug kam, so daß sie im Ganzen 4514 Reichsthaler erhielt, welche an den ernannten Kurator Dan. Ad. von Essen ausbezahlt wurden. Der letztere starb am 21. April 1818 und hinterließ den Friedrich Ludolph von Essen zu Düsseldorf zu seinem Universal-Erben. Die Eheleute von Elmpt wohnten bei dem Tode der Wittwe Ruebel auf dem Gute Sollbrüggen, auf der linken Rheinseite, unweit Moers; der Kurator von Essen in Moers selbst. Später zogen erstere nach Düsseldorf, wo auch die Ehefrau von Elmpt mit Hinterlassung von 4 Kindern am 7. Juni 1836 starb. Im Jahre 1843 erhoben diese eine Klage gegen Friedrich Ludolph von Essen als Erben des Dan. Ad. von Essen, um sich zur Rechnungslegung über das von der Wittwe Ruebel auf sie vererbte Vermögen und zur Herausgabe des sich darnach ergebenden Reliquats, namentlich der darauf sprechenden Obligationen im Betrage von circa

8—9000 Thlr. verurtheilen zu hören. Durch Urtheil vom 25. Juli 1846 verurtheilte das Landgericht zu Düsseldorf den von Essen zur Rechnungslegung und der Appellhof verwarf durch Erkenntniß vom 6. April 1847 die seiner Seits hiergegen ergriffene Berufung. Am 11. November 1849 verzichteten die Kinder von Elmpt auf den Nachlaß ihrer Mutter, und es machte nun von Essen bei der Rechnungslage die Einrede der mangelnden Qualifikation, weil das Legat der Wittwe Ruebel ein Fideikommiß und nach Art. 896 B. G. B. ungültig sei; außer andern Einreden au fond wurde eventuell auch die Pflicht zur Erstattung von Zinsen seit dem Tode des Dan. Ad. von Essen bestritten, weil dazu weder Gesetz, noch Vertrag den Erben des Rechnungspflichtigen gehalten erkläre. Die Kinder von Elmpt behaupteten, die Einrede der mangelnden Qualifikation sei nach dem rechtskräftigen Urtheile vom 25. Juli 1846 nicht mehr zulässig. Die Gültigkeit des Fideikommisses suchten sie dadurch zu begründen, daß beim Tode der Wittwe Ruebel im Großherzogthum Berg noch nicht das B. G. B. eingeführt, die Errichtung eines Fideikommisses also statthaft gewesen sei, daß ferner durch die Allerh. Kab.-Ordre vom 23. März 1828, welche zu einer Zeit ergangen sei, wo die Eheleute von Elmpt sowohl wie sie, Kläger, auf der rechten Rheinseite gewohnt hätten, die früher bestandenen Fideikommisse als zu Recht beständig erklärt worden seien.

Durch Urtheil vom 13. Juli 1850 entschied das Landgericht über diese Kontestationen, wie folgt:

J. E., daß der Seitens des Rechnungsbeklagten den Rechnungsklägerinnen und dem Intervenienten zuvörderst entgegen gesetzte Einwand der ihnen fehlenden Aktivlegitimation umsoweniger auf den Grund des Erkenntnisses hiesiger Stelle vom 25. Juli 1846 als bereits rechtskräftig entschieden beseitigt werden kann, als dieses nur die Verpflichtung des Verklagten zur Rechnungslegung aussprechende Erkenntniß ausdrücklich darauf gestützt wird, daß die Rechnungsklägerinnen und der Intervenient Erben ihrer Mutter geworden seien, dieselben aber gegenwärtig durch Akt vom 11. November 1849 auf deren Nachlaß verzichtet haben;

J. E., daß die am 16. Mai 1807 zu Elberfeld verstorbene Wittwe Ruebel geb. Wortmann in ihrem daselbst am 26. Mai 1802 errichteten Testamente zu Erben des II. Stammantheiles der II. Hälfte ihres Vermögens die beiden Kinder ihrer ver-

storbenen Schwägerin Maria Johanna Ruebel, verehelichte Korten, Johann Caspar Korten und Caroline Korten, verehelichte von Elmpt, eingesetzt und zugleich hinsichtlich des der Letzteren zufallenden Erbtheiles, wörtlich verfügt hat:

„und will ich ferner, daß dieser Erbantheil der verehelichten von Elmpt und ihrem Ehegatten Herrn von Elmpt nicht verabfolgt, sondern von dem Schwager derselben Herrn von Essen, und falls dieser mit Tode abgehen sollte, von dem Herrn Caspar Engels zu Broich in Empfang genommen, auf sichere Unterpfänder ausgeliehen und verwaltet, die Zinsen davon gedachter Erbin und ihrem Ehegatten lebenslänglich jährlich ausbezahlt werden, und das Kapital auf die Kinder derselben ohne Abzug der quarta trebellianica fallen solle."

J. E., daß hiernach in dem Testamente nicht, wie dies bereits in dem zwischen den Parteien am 10. Januar 1827 bei hiesiger Stelle ergangenen Erkenntnisse weiter ausgeführt worden, eine Erbeseinsetzung zu Gunsten der gegenwärtigen Kläger mit der Maaßgabe, daß ihre Mutter resp. ihre Eltern auf Lebenszeit den Nießbrauch des Vermögens haben sollten, vielmehr die Instituirung der Mutter zur wahren und eigentlichen Erbin mit der Auflage zu finden ist, den Bestand des Vermögens zu konserviren und ungeschmälert auf ihre Kinder fallen zu lassen;

J. E., daß diese Bestimmung offenbar eine fideikommissarische Substitution und zwar auch im Sinne des Art. 896 des B. G. B. enthält, und daß es dabei von keinem Einflusse sein kann, daß die Erblasserin, um die Aufrechthaltung ihrer Verfügung möglichst zu sichern, bestimmt hat, daß der Erbtheil nicht in die Hände der fiduciaria selbst, sondern in die eines besonders von ihr ernannten Kurators übergehen solle;

J. E. aber, daß die, die sämmtlichen ehemaligen Großherzoglich-Bergischen Landestheile betreffende Allerh. Kab.-Ordre vom 23. März 1828 verordnet, das in dem französischen Gesetzbuche enthaltene Verbot der Substitution solle als eine Aufhebung der in den gedachten Landestheilen früher bestandenen Fideikommisse nicht betrachtet werden, und daß diese Kabinets-Ordre im vorliegenden Falle Anwendung findet;

J. E. nämlich, daß, wie bereits erwähnt, das Testament zu Elberfeld errichtet wurde, daß die Testatrix sowohl zur

Zeit der Errichtung desselben, als auch zur Zeit ihres Todes dort ihr Domicil hatte, und daß, wie wenigstens nicht anders constirt, ihr ganzes bewegliches und unbewegliches Vermögen innerhalb des Gebietes des Großherzogthums Berg sich befand;

J. E., daß zur fraglichen Zeit die französische Gesetzgebung im Bergischen noch nicht eingeführt war, daß die Erblasserin daher über ihr Vermögen, auf welches diese Gesetzgebung keinen Einfluß übte, fideikommissarisch verfügen konnte, und daß hiermit auch die hier in Rede stehende fideikommissarische Substitution, wenngleich die fiduciaria in Sollbrüggen auf der linken Rheinseite wohnte, mit rechtlicher Wirksamkeit ins Leben trat;

J. E., daß diese durch die citirte Kab.=Ordre aufrecht erhaltene Wirksamkeit nicht dadurch erloschen sein dürfte, daß ein Theil der mit dem Fideikommiß=Verbande bestrickten Kapitalien nicht auf der rechten Rheinseite verblieben, vielmehr auf das linke Ufer herübergezogen worden ist;

J. E., daß jedenfalls dieser Umstand von dem Kurator resp. dessen Erben, welcher Ersterer die Verpflichtung hatte, für die Aufrechthaltung der testamentarischen Verfügung möglichst Sorge zu tragen, und dieser Verpflichtung durch die Herüberziehung der Kapitalien in einen Landestheil, wo fideikommissarische Beschränkungen des Eigenthums überhaupt verboten waren, zuwiderhandelte, den Fideikommiß=Erben gegenüber nicht geltend gemacht werden kann; daß übrigens späterhin sämmtliche Interessenten, die fiduciaria, die Fideikommiß=Erben und der Erbe des Kurators ihr Domicil auf das rechte Rheinufer verlegt haben; . . . . . daß sonach die Qualifikation der Klägerinnen sowohl für das Kapital, wie die Zinsen anzunehmen ist; u. s. w.

J. E., die Zinsen aus der Zeit nach dem Tode des Kurators anlangend, daß die Verpflichtung dieses Letzteren, die Fideikommiß=Kapitalien verzinsbar auszuthun, eine rein persönliche, auf der Uebernahme der Kuratel beruhende war, die daher auch nicht auf seine Erben überging;

Daß derselbe daher auch nur für die Zinsen aus der fraglichen Zeitepoche aufzukommen hat, von denen erwiesen werden kann, daß sie in seine Hände gekommen sind; — u. s. w.

Gegen dieses Erkenntniß ergriff von Essen die Berufung, zu deren Rechtfertigung hinsichtlich der Einrede der mangelnden Qualifikation namentlich Folgendes geltend gemacht wurde:

Die Gültigkeit eines nicht in Immobilien bestehenden Fideikommisses könne nicht beurtheilt werden nach dem Gesetze des Orts, wo der Testator verstorben sei oder seinen Wohnsitz gehabt habe, sondern nur nach dem des Ortes, wo der Fiduziar wohne. Der Fideikommissar beerbe nicht den ersten Testator, sondern er beerbe kraft einer von diesem autonomisch angeordneten Erbfolgeordnung den Fiduziar und habe daher auch nur eine persönliche Klage gegen diesen. Wenn nun die Succession nach einer solchen autonomischen Erbfolgeordnung am Wohnorte des Fiduziars ungesetzlich und verboten sei, so fehle dem Fideikommissar der Rechtstitel zur Klage. Im vorliegenden Falle sei das Fideikommiß nur ein Mobilar-Fideikommiß gewesen, indem der bei der Theilung der Frau von Elmpt zugewiesene Theil nur in baarem Gelde und Forderungen bestanden habe; das Recht auf diese könne aber nur nach dem Gesetze des Wohnortes des Fiduziars im Augenblicke des Todes des Testators beurtheilt werden, nach dem Satze: mobilia ossibus inhaerent und weil es sich um eine Universalsuccession handle; nach diesem Rechte, dem Art. 896 B. G. B. aber, habe entweder die Frau von Elmpt selber gar nicht einmal die Wittwe Ruebel beerben können, oder aber, wenn man ihr die Fähigkeit dazu nicht absprechen wolle, doch sofort das legirte Eigenthum zu einem vollständig freien gemacht, indem das französische Gesetz aus Gründen des öffentlichen Wohls ein vinkulirtes und unfreies Eigenthum durchaus verbiete; da die Kinder von Elmpt nicht die Erben ihrer Mutter seien, sondern kraft eignen Rechtes aufträten, so fehle ihnen jede Qualifikation zur Klage; auch könne die Kab.-Ordre vom 23. März 1828 nicht angerufen werden, da sie nur im Großherzogthume Berg bestandene Fideikommisse betreffe, das gegenwärtig streitige aber niemals, am wenigsten im Großherzogthume Berg bestanden habe; alle diese Grundsätze habe auch der Appellhof anerkannt in der Sache v. Zuydtwick — v. Zuydtwick, Arch. 26, 1, 65, gegen welches Urtheil zwar der Cassationsrecurs ergriffen, aber am 7. Oktober 1839 verworfen worden sei.

Die Kinder von Elmpt beriefen sich dagegen auf die Gründe des ersten Richters und machten mit Incident-Appell den Antrag auf Zuerkennung der Zinsen seit dem Tode des Kurators aufs Neue geltend, indem sie sich darauf beriefen, daß dessen Erbe in alle dessen Rechte und Verbindlichkeiten,

also auch in die Zinspflicht succedirt sei, wogegen der Appellant hervorhob, daß er nicht in das Mandats-Verhältniß der Kuratel — der Verwaltung fremden Vermögens — also auch nicht in die korrespondirende Pflicht zur Zahlung der Zinsen succedirt sei.

Der Hof entschied reformatorisch auf die Hauptberufung und konfirmatorisch auf die Incidentberufung durch folgendes

Urtheil:

J. E., daß der Appellant Adolph von Essen wider das Urtheil des Kgl. Landgerichts zu Düsseldorf vom 13. Juli 1850 vor Allem aus dem Grunde Beschwerde erhebt, weil der erste Richter die von ihm vorgebrachte Einrede der Inqualifikation der Kläger verworfen habe;

Daß in dieser Hinsicht zunächst der erste Richter mit Recht den Einwand der ursprünglichen Kläger beseitigt hat, daß ihre Legitimation zur Klage nicht weiter mehr in Frage gestellt werden könne, weil durch die Urtheile des Kgl. Landgerichts zu Düsseldorf vom 25. Juli 1846 und des A. G. H. vom 6. April 1847 dieser Punkt bereits rechtskräftig zu ihren Gunsten entschieden sei;

Daß dieserhalb auch von den Geschwistern von Elmpt in der gegenwärtigen Instanz eine besondere Beschwerde gegen das angegriffene Urtheil nicht geltend gemacht, und jedenfalls nichts Erhebliches zur Widerlegung der Gründe des ersten Richters vorgebracht worden ist;

J. E., was sodann die Beurtheilung der wieder vorgebrachten Inqualifikations-Einrede selbst betrifft;

Daß die Disposition, welche die am 16. Mai 1807 verstorbene Wwe. Peter Engelbert Ruebel in ihrem Testamente vom 26. August 1802 zum Vortheile ihrer Nichte Caroline Korten Ehefrau von Elmpt getroffen hat, unzweifelhaft eine fideikommissarische Substitution im Sinne des Art. 896 B. G. B. darstellt;

Daß ferner thatsächlich unter den Parteien feststeht, daß die Testatrix sowohl zur Zeit der Testaments-Errichtung, als auch fortwährend bis zu ihrem Tode in Elberfeld ihren Wohnsitz hatte, während die Fiduziar-Erbin Frau von Elmpt sowohl, als auch deren Kinder, die Fideikommiß-Erben und der Kurator des Fideikommisses, der Rechtsvorgänger des Appellanten von Essen, beim Tode der Testatrix auf der linken Rheinseite im Roerdepartement wohnten; und daß das ledig-

lich in baarem Gelde bestehende Fideikommiß-Gut dem Kurator zu einer Zeit ausgeantwortet wurde, als die sämmtlichen Interessenten noch unter der Herrschaft der französischen Gesetzgebung lebten;

J. E., daß hiernach zwar die Wittwe Ruebel nach dem an ihrem Wohnsitze geltenden Rechte im Allgemeinen offenbar befugt war, auch durch eine fidezikommissarische Substitution über ihr Vermögen zu verfügen;

Daß aber zu untersuchen bleibt, ob und in wie weit die Wirksamkeit einer solchen Disposition durch die zur Zeit ihres Todes am Wohnorte der ernannten Fiduziar-Erbin geltende französische Gesetzgebung verhindert wurde;

Daß die bei dieser Untersuchung zu treffende Entscheidung lediglich von der Beurtheilung der rechtlichen Natur der Succession der Fideikommissar-Erben abhängt;

Daß nämlich die von den Appellanten Geschwistern von Elmpt vertheidigte Wirksamkeit der in Rede stehenden Substitution nur in der Unterstellung sich würde rechtfertigen lassen, daß die von ihnen in Anspruch genommene Nachfolge in das Fideikommiß gleichsam als eine neue Beerbung der Wittwe Ruebel angesehen und deshalb auch lediglich nach dem Rechte ihres Wohnsitzes beurtheilt werden müsse;

Daß aber diese Auffassung der Sache in dem hier zur Anwendung kommenden gemeinen Rechte keine Bestätigung findet;

Daß nach dem römischen Rechte vielmehr der Fideikommissar durch das Fideikommiß durchaus kein unmittelbares Recht auf die Erbschaft, sondern nur eine Forderung gegen den Belasteten auf Herausgabe der Erbschaft erlangte, so daß die jedesmalige Nachfolge in das Fideikommiß eine durch den Willen des Stifters begründete Singularsuccession darstellte;

Daß die Anwendung der Grundsätze des römischen Rechtes auf den gegebenen Fall aber auch um so unbedenklicher erscheint, als es sich hier keineswegs von einer Fideikommißstiftung handelt, die zugleich in der altdeutschen Sitte, gewisse Güter ungetheilt und ungeschmälert in einem bestimmten Geschlechte zu erhalten, ihren Ursprung hat, sondern nur ein ganz gewöhnlicher fideikommissarischer Substitutionsfall des römischen Rechtes vorliegt;

Daß hiernach aber die Ausführung des Willens der Testatrix im untergebenen Falle durch die Bestimmungen der französischen Gesetzgebung in den 4 rheinischen Departementen

verhindert wurde, da beim Tode der Wittwe Ruebel die in ihrem Testamente angeordnete Restitutionspflicht jedenfalls wegen der Bestimmungen des Art. 896 des B. G. B. und der Art. 1—3 des Decrets vom 25. Oktober und 14. November 1792 (publicirt in den 4 rheinischen Departementen durch Reglement vom 6. Mai 1798, Art. 8 — 10) nicht ins Leben treten konnte;

J. E., daß, wenn hiernach die Fideikommißstiftung der Wittwe Ruebel gar nicht zur Ausführung kommen konnte, die Klage, in so weit sie auf das Bestehen des Fideikommisses gegründet wird, zerfällt, und es einer weiteren Erörterung der übrigen eventuellen Anträge der Parteien nicht bedarf;

J. E., was sodann die von den Geschwistern von Elmpt auf Grund des Uebertragsaktes ihres Vaters vom 22. Dezember 1843 geforderten Zinsen betrifft, daß auch dieser Theil der Klage sich als unhaltbar darstellt, selbst wenn man unterstellen will, daß die Ehefrau von Elmpt ungeachtet der bezogenen Bestimmungen der französischen Gesetzgebung für ihre Person dennoch den ihr in dem Testamente der Wittwe Ruebel zugedachten Erbtheil als freies Eigenthum erworben hätte und daß die wider jenen Uebertragsakt vorgebrachte Einrede einer darin enthaltenen betrüglichen Benachtheiligung der Gläubiger des Ausstellers unberücksichtigt bleiben müßte;

Daß nämlich einestheils nach den übereinstimmenden Angaben beider Parteien aus der Administration des Kurators von Essen bei dessen Tode 21. April 1818 nur noch die Zinsen von 1816 — 1818 rückständig waren; daß sodann aber der erste Richter sachgemäß ausgeführt hat, daß ein gesetzlicher Verpflichtungsgrund zur Zahlung von Zinsen gegen den Appellanten von Essen selbst gar nicht angeführt werden könne, so daß derselbe nur die von ihm erweislich selbst erhobenen Zinsen im Betrage von 300 Reichsthaler zu restituiren habe; daß hiernach aber die Zins-Ansprüche der Geschwister von Elmpt aus dem erwähnten Uebertragsakte selbst unter den obigen Voraussetzungen jedenfalls durch die nach den Ausführungen des ersten Richters als erwiesen anzunehmende Gegenforderung des Kurators von Essen im Betrage von 1054 Reichsthaler vollständig ausgeglichen werden würde;

Aus diesen Gründen

reformirt der Rh. A. G. H. auf die Berufung des Appellanten von Essen erkennend, das Urtheil des Kgl. Landgerichts zu

Düsseldorf vom 13. Juli 1850, weist an dessen Statt erkennend die Appellaten Geschwister von Elmpt mit dem von ihnen als Klägern und Intervenienten genommenen Antrage ab, verwirft demgemäß die von den Geschwistern von Elmpt eingelegte Berufung wider das besagte Urtheil, verordnet die Rückgabe der Succumbenzstrafe und legt den Appellanten Geschwistern von Elmpt die Kosten beider Instanzen zur Last.

I. Senat. Sitzung vom 11. Oktober 1852.

Advokaten: Herbertz — Kyll.

Expropriation für Eisenbahnen. — Wiederkaufsrecht.

Der Art. 16 des Gesetzes vom 3. November 1838 giebt den Anspruch auf Wiederkauf eines zu den Zwecken der Eisenbahngesellschaft entbehrlich gewordenen Grundstücks nur dann, wenn durch die Expropriation ein Grundstück **verkleinert** worden ist. Gesetz vom 3. November 1838.

Erben Neuhöfer — Köln-Mindener-Eisenbahngesellschaft.

Die Köln-Mindener-Eisenbahngesellschaft hat von den Erben Neuhöfer zur Herstellung des Bahnhofs in Deutz einige Grundstücke ihrem ganzen Inhalte und Umfange nach erworben. Der gegenwärtige Bahnhof enthält diese Grundstücke in seinem Areal nicht: dieselben liegen vielmehr nur anschießend an den Bahnhof und werden nach der Behauptung der Eisenbahngesellschaft zu ihren Zwecken benutzt, während die Erben Neuhöfer behaupten, daß dies theilweise gar nicht der Fall sei und daß jedenfalls die Grundstücke entbehrlich seien. Der Klage auf Wiederkauf setzte die Eisenbahngesellschaft die in dem oben referirten Satze enthaltene Behauptung entgegen.

Das Kgl. Landgericht zu Köln adoptirte durch Urtheil vom 24. Juni 1851 diese Einrede und dieses Urtheil wurde von dem Rh. A. G. H. bestätigt, wie folgt:

J. E., daß die von der Appellatin geltend gemachte Ansicht, daß der im §. 16 des Gesetzes vom 3. November 1838 dem Eigenthümer eines der Expropriation unterworfenen Grundstückes in den darin vorgesehenen Fällen auf Wieder-

kauf dieses Grundstückes gegebene Anspruch nur da eintrete, wo durch die Expropriation ein Grundstück verkleinert worden, sich aus der Zusammenstellung jenes Paragraphen mit den §. 17, 18 und 19 desselben Gesetzes als die richtige zu erkennen giebt;

Daß nämlich, nachdem im §. 16 nur überhaupt ausgesprochen worden, daß ein Anspruch auf Wiederkauf unter den daselbst bezeichneten Eventualitäten eintrete, es den folgenden Paragraphen vorbehalten geblieben ist, das Maß dieser Concession und die Art und Weise festzusetzen, in welcher von derselben Gebrauch zu machen;

Daß, wenn demzufolge im §. 17 bestimmt ist, daß den besagten Anspruch der zeitige Eigenthümer des durch den Erwerb der Eisenbahngesellschaft verkleinerten Grundstückes habe, die Stellung dieser Verfügung und ihre Beziehung zu dem vorhergehenden §. 16 erkennen lassen, daß durch dieselben nicht bloß die Frage entschieden werden sollte, ob der frühere oder der gegenwärtige Eigenthümer des nicht expropriirten Theils eines nur zum Theil zu Eisenbahnzwecken eingezogenen Grundstückes zur Ausübung des Wiederkaufrechtes berechtigt sei, sondern daß in derselben unmittelbar und hauptsächlich als Grundsatz aufgestellt worden, daß der Wiederkauf nur dem Eigenthümer eines durch die Expropriation verkleinerten Grundstückes gestattet sein solle, eine Annahme, welche ohnehin aus der Fassung und Stellung der Worte des §. 17 selbst hervorgeht; daß der §. 18 jeden hierüber noch obwaltenden Zweifel erledigt, indem nach der Bestimmung desselben es dieser Eigenthümer ist, welcher für berechtigt erklärt worden, den Wiederkauf zu jeder Zeit geltend zu machen, ohne daß hier oder an einer andern Stelle des Gesetzes des Eigenthümers eines in seinem ganzen Bestande zur Expropriation gekommenen Grundstückes und der Berechtigung desselben zum Wiederkaufe gedacht ist;

Daß in Uebereinstimmung hiermit im §. 19 in Betreff des ebenfalls im §. 16 sanctionirten Anspruches auf Verkauf allein der nach §. 17 berechtigte Eigenthümer als derjenige bezeichnet worden ist, welchem zum Zwecke der Geltendmachung dieses Anspruches die im §. 19 vorgeschriebene Anzeige geschehen soll;

Daß sonach aus dem Gesetze vom 3. November 1838 mit zureichender Gewißheit zu entnehmen ist, daß es nicht in

der Absicht desselben gelegen, das Recht des Wiederkaufes eines expropriirten Grundstücks, welches in diesem Gesetze als ein subjectiv dingliches Recht dargestellt ist, über den Fall der theilweisen Expropriation eines solchen Grundstückes hinaus und auf den Fall der stattgehabten Expropriation des ganzen Bestandes eines Grundstückes auszudehnen und sich für die Unterscheidung beider Fälle und die Beschränkung des Gesetzes auf den ersten Fall das Motiv geltend machen konnte, die Wiedervereinigung eines durch die Expropriation zersplitterten Grundstücks in Einer Hand und der Wiederherstellung des durch die Abtrennung des expropriirten Theils etwa gestörten Culturzustandes des Grundstücks Vorschub zu leisten;

J. E., daß im Uebrigen durch die gesetzlich vollzogene Expropriation der Uebergang des Eigenthums des betreffenden Grundstückes auf die zur Erwerbung ermächtigte Gesellschaft ohne Vorbehalt und unwiderruflich bewirkt wird, eine Rückerwerbung dieses Eigenthums daher nur mittelst Vertrages oder Kraft besonderer gesetzlicher Verfügung auf der Seite des frühern Eigenthümers begründet werden kann; daß eine diesfällige Disposition weder in dem Gesetze vom 8. März 1810, noch in einem andern dem Gesetze vom 3. November 1838 vorausgegangenen Gesetze enthalten ist; daß letzterem in Bezug auf den Wiederkauf durch das Gesetz vom 2. März 1850 nicht derogirt worden und sonach das in dieser Beziehung den alleinigen Sitz der Materie bildende Gesetz vom 3. November 1838 für die Entscheidung der Sache maßgebend ist, die Appellanten auch lediglich aus diesem Gesetze den Grund zu der erhobenen Klage entnommen haben.

Aus diesen Gründen

verwirft der Rh. A. G. H. die Berufung von dem Urtheile des Kgl. Landgerichts zu Köln vom 24. Juni v. J. unter Verurtheilung des Appellanten in die Kosten zweiter Instanz und in die Succumbenzstrafe.

II. Senat. Sitzung vom 18. November 1852.
Advokaten: Lautz — Compes.

Apotheker-Concession. — Werthannahme einer Apotheke bei Theilung der Gütergemeinschaft.

Die Concession zur Anlegung einer Apotheke auf dem linken Rheinufer ist zwar ein persönliches

Recht, allein bei der Theilung einer Gütergemeinschaft ist der Werth der Apotheke als Geschäft in Betracht zu ziehen, und nicht auf die Geräthe und Waaren zu beschränken.

Wittwe Peter Koch — Erben Peter Koch.

Der Apotheker Peter Koch zu Randerath lebte in gesetzlicher Gütergemeinschaft. Bald nach seinem Tode erwirkte die Wittwe die Concession zum Weiterbetrieb. Auf die Klage auf Auseinandersetzung der Gütergemeinschaft erkannte das Kgl. Landgericht zu Aachen unter Anderem dahin, daß die Apotheke als gewerbliches Geschäft und nicht blos der Bestand der Geräthe und Waaren zur Taxe komme. Der Rh. A. G. H. bestätigte dieses Urtheil dem von dem öffentl. Ministerium gestellten Antrage gemäß aus folgenden Gründen:

J. E. was die Beschwerde darüber angeht, daß erkannt worden, daß zur Gütergemeinschaft nicht allein die Geräthe und Waaren der Apotheke, sondern auch derjenige Werth gehöre, welchen außerdem das Geschäft als solches gehabt, und für den es zur Zeit des Absterbens des Peter Koch hätte abgetreten werden können, vorausgesetzt, daß die Concession nicht versagt worden wäre; daß es vörderfamst unzweifelhaft ist, daß eine Apotheke, als ein Gewerbe betrachtet, einen sehr verschiedenen Werth haben kann, je nachdem sie durch das Zutrauen, dessen sich der Inhaber derselben erfreut, oder durch die Verbindungen, die er im Publikum hat, oder aus anderen Gründen, im Genusse eines reichlichen Absatzes sich befindet, und beim Mangel dieser und ähnlicher Bedingungen nur eine geringe Frequenz von Seiten des Publikums hat;

Daß dieser Werth aber unverkennbar neben der Concession, sowohl als solcher, als neben dem Inbegriff der vorhandenen Waaren, Geräthe und Behälter, der Materie der Apotheke besteht, und auch als ein für sich bestehendes Vermögens-Object, dessen Werth durch Schätzung festgestellt werden kann, welcher Werth auch nach dem Ableben des letzten Inhabers als effectiv noch vorhanden anzusehen ist, sobald es den Erben desselben gelungen ist, die Apotheke in dem ganzen Umfange ihres zeitigen Bestandes und ihres bisherigen Betriebes an einen Uebernehmer zu übertragen, der die Concession der betreffenden Staatsbehörde zur Fortsetzung des Geschäftes erlangt hat, da notorisch Verkäufe und Ueberträge gethätigt zu werden

pflegen, in welchen gerade mit Rücksicht auf den mit dem verkauften Gegenstande verbindbaren Betrieb eines Geschäftes, ein bei weitem höherer Preis bezahlt wird, als wenn das Verkaufsobject ohne Rücksicht auf diesen Umstand Gegenstand des Verkaufs wäre, wo also dieser Mehrwerth den Werth des Geschäftes als solchen darstellt;

J. E., daß der solcher Gestalt gebildete Werth des Geschäftes während des Bestandes der Gütergemeinschaft als ein Theil dieser Gütergemeinschaft, ebenso anzusehen ist, als die Früchte selbst, welche das Geschäft abgeworfen hat;

J. E., daß, wenn es nun zwar nicht zweifelhaft ist, daß die dem Pharmaceuten Peter Koch unterm 25. April 1836 ertheilte Concession zur Anlegung einer Apotheke in Randerath eine rein persönliche war, und sich nicht auf die Erben des Concessionars vererbte, doch daraus nicht folgt, daß deshalb auch der obengedachte Werth der Apotheke, als Geschäft angesehen, mit dem am 1. Juli 1850 erfolgten Tode des Peter Koch zu Grunde gegangen sei; daß dieser Werth vielmehr als existirend anzusehen und in der That im vorliegenden Falle dadurch verwirklicht worden ist, daß der appellantischen Wittwe unterm 30. Juli 1850 die Concession zum Weiterbetrieb der von ihrem Manne geführten Apotheke verliehen worden; daß dieser Werth mithin als ein Bestandtheil der zwischen ihrem Manne und ihr bestandenen Gütergemeinschaft betrachtet werden muß, weil die Appellantin sonst ein der Thätigkeit ihres Mannes zu verdankendes, in die Gütergemeinschaft gefallenes Vermögens-Object ohne Vergeltung überkommen haben würde, welches weder als mit der Concession des Erblassers selbst identisch oder als eine unmittelbare Folge derselben, noch auch als in den Geräthschaften und Waaren der Apotheke einbegriffen anzusehen ist.

Aus diesen Gründen

verwirft u. s. w.

II. Senat. Sitzung vom 9. Dezember 1852.
Advokaten: Nacken — Compes.

Hypothek, legale, conventionelle. — Einschreibung. — Betrag.

Die als Caution für die Geschäftsführung eines Steuer-Empfängers von einem Dritten bestellte

Hypothek ist gültig inscribirt, wenn auch der Geldbetrag, für welchen die Grundstücke haften sollen, in der Einschreibung nicht angegeben ist. Eine solche Inscription ist nach den für gesetzliche Hypotheken bestehenden Vorschriften zu beurtheilen.

(Art. 2121, 2148, 2153 des B. G. B.).

Simon — Regierung zu Trier.

Thewes war Steuer- und Communal-Empfänger; seine Schwiegereltern Hochmuth hatten zur Sicherheit seiner Geschäftsführung mehrere Grundstücke zur Hypothek bestellt, welche auch inscribirt wurde, jedoch ohne Angabe einer Schuldsumme. Simon erwarb später eines der Grundstücke, und klagte auf Löschung der Hypothek, weil die Inscription keine Angabe der Schuldsumme enthalte, mithin nach Art. 2148 Nro. 4 des B. G. B. ungültig sei. In Uebereinstimmung mit dem Kgl. Landgerichte zu Trier und dem Antrage des öffentl. Ministeriums hielt der A. G. H. die Inscription jedoch aufrecht, indem er erwog:

Daß in concreto der eigentliche Grund und Titel des Hypothekaranspruchs nicht in einer vertragsmäßigen Verpflichtung der Hypotheken-Besteller, sondern in der amtlichen Eigenschaft ihres Schwiegersohnes als rechnungspflichtigen Beamten, mithin in dem Gesetze selbst (Art. 2121) begründet war, für derartige gesetzliche Hypotheken aber nach Art. 2153 nur die Angabe und Eintragung der zu conservirenden Rechte, nicht aber in Betreff bedingter, eventueller oder unbestimmter Ansprüche die Angabe eines bestimmten Betrages erforderlich ist; — daß in Ermangelung jedes sonstigen Verpflichtungs-Grundes auf Seiten der Eheleute Hochmuth, deren Absicht bei Ausstellung der notariellen Erklärung vom 9. Januar 1833 keine andere war, als den gegen ihren Schwiegersohn begründeten, aber in Ermangelung ihm zuhöriger verhypothesirbarer Gegenstände unausführbaren gesetzlichen Hypothekaranspruch auf ihren eignen Grundstücken radiciren zu lassen, um solchergestalt für denselben die Uebertragung des Empfang-Bezirks Uedersdorf zu ermöglichen, daß folglich auch die Inscription selbst nach den für gesetzliche Hypotheken bestehenden Vorschriften zu beurtheilen und, was namentlich das Verhältniß dritter Personen betrifft, der Grund-

satz der Specialität und Publicität in sofern gewahrt ist, als Jeder durch Einsicht der Hypotheken-Bücher sich Ueberzeugung davon verschaffen konnte, daß die gegen den Einnehmer Thewes begründete Legalhypotheke die dafür speciell zur Hypothek gestellten Grundstücke der Eheleute Hochmuth bis zum Betrage eines jeden von dem Erstern verschuldeten Defekts behaftete.

III. Senat. Sitzung vom 5. Januar 1853.

Advokaten: Lautz — Forst.

Testament. — Richtigkeit. — Vorlesung der Verhandlung.

Durch die Vorschrift des Art. 972 des B. G. B. über die Vorlesung des **Testaments** in Gegenwart der Zeugen ist die allgemeine Vorschrift des Art. 13 des Gesetzes vom 25. Ventose XI, wonach der **Akt** den Parteien vorgelesen werden soll, ausgeschlossen und die Notariats-Ordnung vom 25. April 1822, gemäß deren Art. 27 am Schlusse einer jeden **Verhandlung** erwähnt sein soll, daß sie den Interessenten vorgelesen worden, ist wesentlich an die Stelle des Ventose-Gesetzes getreten.

Das Wort „Akt" und „Verhandlung" bedeutet, mindestens in seiner Anwendung auf Testamente, nicht den ganzen Notarialakt, sondern die vorgesagte letztwillige Disposition und es ist daher nach dem §. 27 der Notariats-Ordnung nur die Vorlesung der Willenserklärung nöthig, nicht die des sämmtliche Förmlichkeiten beurkundenden Textes.

Eine Beurkundung der stattgehabten Vorlesung der hinsichtlich der Schreibensunerfahrenheit abgegebenen Erklärung des Testirenden ist weder durch den Art. 973 des B. G. B. noch durch die Notariats-Ordnung vorgeschrieben.*)

*) Vgl. Arch. 16, 1, 230. — 19, 1, 121. — Trier'sche Annalen VII, Seite 31 u. 114.



Kauth — Erben Milbert.

Die Katharina Milbert errichtete am 13. März 1828 ein öffentliches Testament, worin sie ihren Ehemann Dominikus Kauth als Universalerben einsetzte. Der von den Intestaterben der Katharina Milbert gegen den Kauth angestellten Klage auf Auseinandersetzung der zwischen ihm und der Katharina Milbert bestandenen Gütergemeinschaft wurde das gedachte Testament entgegengesetzt. Die Kläger erhoben gegen dieses Testament folgende Nichtigkeitseinrede:

Es habe nicht die gesetzlich vorgeschriebene Vorlesung Statt gefunden. Die beurkundete Vorlesung beziehe sich lediglich auf den Tenor der Erbeseinsetzung. Nach der Notariats-Ordn. vom 25. April 1822 §. 27, sei die Vorlesung der ganzen Verhandlung, d. h. der ganzen Urkunde nöthig gewesen. Im vorliegenden Falle sei der Vorschrift des Gesetzes nicht Genüge geschehen, selbst wenn man annehmen könnte, daß unter dem Ausdruck „Verhandlung" nur die Erklärung der Parteien zu verstehen sei. Der Schlußpassus sei nämlich nicht vorgelesen worden, der die Erklärungen der Partei über ihren Namen, Stand, Wohnort, sowie über ihre Aeußerung enthalte, daß sie den Inhalt der Erbeseinsetzung genehmige und warum sie nicht unterschreiben könne.

Das Kgl. Landgericht zu Trier adoptirte durch Urtheil vom 13. Oktober 1851 diese Einrede. Dieses Urtheil wurde indessen von dem Rh. A. G. H. aus folgenden Gründen reformirt:

J. E. auf den ersten Nichtigkeitsgrund, daß die unter der Herrschaft des B. G. B. während des Bestehens des Gesetzes vom 25. Ventose XI notariell errichteten Testamente zwar im Allgemeinen den Vorschriften dieses Gesetzes unterworfen waren, diese Regel aber insofern eine Ausnahme erlitt, als das B. G. B. über diese Art letztwilliger Verfügungen besondere Bestimmungen getroffen hat;

Daß abweichend von der Vorschrift des Art. 13 jenes Gesetzes, welche die Erwähnung, daß den Parteien der Akt vorgelesen worden, gebietet, im Art. 972 des B. G. B. die ausdrückliche Meldung, daß das Testament dem Testirenden in Gegenwart der Zeugen vorgelesen worden, vorgeschrieben und unter dem Worte „Testament" die vom Testirer dictirte Willenserklärung verstanden ist;

Daß durch diese besondere Anordnung die Anwendung der bezogenen allgemeineren Vorschrift des Art. 13 auf Testamente

um so gewisser ausgeschlossen worden ist, als zu der erstern in der ergangenen Weise keine Veranlassung gewesen sein würde, wenn es die Absicht gewesen wäre, die letztere generelle Bestimmung auch bei Testamenten gelten zu lassen, da die in dieser vorgeschriebene Erwähnung der geschehenen Vorlesung des ganzen Aktes die Kundgebung aller Bestandtheile desselben von selbst in sich schließt;

Daß die Verordnung vom 25. April 1822 nach dem im Eingange derselben erklärten Zwecke einer Umgestaltung des Notariats wesentlich in die Stelle des Gesetzes vom 25. Ventose XI und somit auch in die Stellung eingetreten ist, in welcher sich das letztere zu den in dem B. G. B. enthaltenen, die bei Testamenten zu beobachtende Form betreffenden Bestimmungen bis dahin verhalten hatte;

Daß diese Vorschriften durch die Verordnung vom 25. April 1822 ausdrücklich nicht aufgehoben worden und eben sowenig Gründe zu der Unterstellung vorhanden sind, daß ihre Zurückrufung in der Absicht dieses Gesetzes gelegen, ihr Fortbestehen vielmehr in der bisherigen Praxis auf constante Weise anerkannt ist;

Daß dieselben vermöge ihrer Natur als Specialgesetze in der ihnen unterworfenen Materie zunächst und mit Hintenansetzung der allgemeinen Bestimmungen des Gesetzes vom 25. April 1822, insofern die einen und die andern nicht nebeneinander bestehen können, zur Anwendung gelangen müssen;

Daß folglich die Verfügung des §. 27 dieses Gesetzes, — nach welcher am Schlusse einer jeden Verhandlung ausdrücklich erwähnt werden muß, daß sie den Interessenten vorgelesen worden, oder daß sie dieselbe selbst durchgelesen haben — wenn unter dem Worte „Verhandlung" der Akt oder die Urkunde dem ganzen Bestande nach verstanden worden, in der Anwendung auf Testamente der Bestimmung des Art. 972, welche die Meldung der geschehenen Vorlesung auf die testamentarische Disposition selbst beschränkt, ebenso nachstehen mußte, als, wie oben gezeigt, ein Gleiches von der die Meldung der geschehenen Vorlesung des Aktes erfordernden Bestimmung des Art. 13 des Gesetzes vom 25. Ventose XI zu gelten hatte;

Daß aber der §. 27 cit. sich nicht, wie der Art. 13 dieses früheren Gesetzes, des Wortes „Akt" oder „Urkunde" sondern des Wortes „Verhandlung" bedient und mit diesem Wort

nicht minder die das Rechtsgeschäft in sich schließenden Erklärungen der Parteien, als das darüber aufgenommene Instrument bezeichnet zu werden pflegt; daß nun zwar aus der Verordnung vom 25. April 1822 der Sinn, in welchem das Wort im §. 27 genommen worden, insofern mit Zuverlässigkeit nicht hervorgeht, als der oftmalige Gebrauch der Worte „Verhandlung" und „Urkunde" nicht zu erkennen giebt, daß mit denselben überall scharfe Begriffsunterschiede verbunden und beide als Gegensätze genommen worden seien; daß jedoch die unabweisbare Betrachtung, daß durch die Vorlesung der das Rechtsgeschäft umfassenden Erklärungen der Interessenten die Absicht des Gesetzes, die Uebereinstimmung des Willens der Parteien mit dem Ausdrucke derselben durch die Schrift in Gewißheit zu stellen, erreicht wird, zu der Annahme berechtigt, daß im §. 27 cit. von dieser engeren Bedeutung des Wortes „Verhandlung" ausgegangen worden sei, sonach aber zwischen dieser Gesetzesstelle und dem Art. 972 des B. G. B. eine Collision nicht besteht und die behauptete Nichtigkeit des Testamentes vom 13. März 1828 unter allen Voraussetzungen nicht vorhanden ist, da die Vorlesung desselben als geschehen in völliger Uebereinstimmung mit der Vorschrift des Art. 972 von dem Notar in dem Akte beurkundet ist, eine Beurkundung der stattgehabten Vorlesung der hinsichtlich der Schreibensunerfahrenheit abgegebenen Erklärung des Testirenden aber weder im Art. 973 des B. G. B., noch in der Verordnung vom 25. April 1822 vorgeschrieben ist.

Aus diesen Gründen

weist der Rh. A. G. H. unter Abänderung des Urtheils u. s. w.

II. Senat. Sitzung vom 7. Januar 1853.

Advokaten: Compes — Wallraf — v. Hontheim.

Kirchenrendant. — Rechnungslage. — Verfahren vor den Gerichten. — Verfahren vor den Kirchmeistern.

Wenn ein Kirchenrendant auf Grund des Art. 90 des Dekrets vom 20. Dezbr. 1809 von dem öffentl. Ministerium auf Rechnungslage eingeklagt wird, so hat diese Klage nur die Bedeutung, daß der Rendant gezwungen werden soll, nach Vorschrift

des citirten Dekretes Kap. 3, Abth. 2 seine Rechnung den Kirchmeistern zu legen, und vor ihnen das vorgeschriebene Verfahren durchzumachen; es tritt in Folge einer solchen Klage nicht das gerichtliche Rechnungsverfahren an die Stelle des im gedachten Dekrete vorgeschriebenen, und es ist daher auch in dem zu erlassenden Urtheil die Ernennung eines Richterkommissars nicht erforderlich.

Claessen — Kirche zu Stetternich.

Der Kgl. Ober-Prokurator beim Landgerichte zu Aachen ließ den Sigismund Claessen zu Stetternich, in seiner Eigenschaft als früheren Rendanten der dortigen Kirche vor Gericht laden, um sich verurtheilen zu hören, binnen einer Frist von 3 Wochen die Rechnung für das Jahr 1849 zu legen, und im Unterlassungsfalle die Hälfte der ordinären Einnahme nach dem zuletzt berechneten Jahre 1847 provisorisch mit 154 Thlrn. 15 Sgr. 4 Pfg. zum Vortheile der Kirchenfabrik zu Stetternich zu bezahlen. Die Klage wurde auf den Art. 90 des Dekrets vom 30. Dezember 1809 gestützt.

Das Kgl. Landgericht zu Aachen erkannte durch Urtheil vom 3. November 1851 diesem Antrage gemäß. Claessen appellirte hiergegen und beantragte principaliter gänzliche Abweisung der Klage, eventuell Ernennung eines Richterkommissars, welche in erster Instanz nicht erfolgt war, und äußerst subsidiarisch die Erklärung, daß die Verurtheilung zur Zahlung der gedachten Summe nur eine provisorische sei. Zur Begründung dieser Anträge wurde ausgeführt, daß, nachdem einmal der gerichtliche Weg behufs der Rechnungslage beschritten worden, auch das gerichtliche Rechnungsverfahren habe eintreten, und deßhalb ein Richterkommissar habe ernannt werden müssen; daß demzufolge die von dem Urtheile a quo festgesetzte Frist von 3 Wochen ihren Lauf nicht eher beginnen könne, als bis ein Richterkommissar ernannt sei, vor welchem die Rechnung gelegt werden solle; daß endlich auch eine definitive Verurtheilung zur Zahlung von 154 Thlr. 15 Sgr. 4 Pfg. nicht habe erfolgen können, da das Dekret vom 30. Dezember 1809 nur eine provisorische Verurtheilung gestatte.

Für die appellatische Kirche zu Stetternich wurde, abgesehen von einer Unannehmbarkeitseinrede, welche hier über-

gangen werden kann, darauf angetragen, die Berufung als ungegründet zu verwerfen und dieser Antrag darauf gestützt: daß das Dekret vom 30. Dezember 1809 für die Rechnungslage der Kirchenrendanten ein ganz bestimmtes, eigenthümliches Verfahren vorschreibe, und daß der Art. 90 daselbst keineswegs den Zweck habe, an die Stelle dieses Verfahrens das ordinäre gerichtliche Rechnungsverfahren eintreten zu lassen, daß vielmehr die Tendenz dieser Bestimmung nur dahin gehe, in den einzelnen Stadien der Rechnungslage den säumigen Rechnungspflichtigen durch gerichtliche Zwangsmittel zur Erfüllung derjenigen Pflichten anzuhalten, welche ihm das Verfahren des Dekrets von 1809 auferlege; daß demnach die Ernennung eines Richterkommissars nicht erforderlich sei, vielmehr die Klage und die Verurtheilung nur den Zweck habe, den Appellanten zur Rechnungslage vor den Kirchmeistern zu zwingen; daß auch der provisorische Charakter dieser Verurtheilung in dem Gesetze und dem Urtheile a quo selbstverständlich begründet liege, und nicht besonders ausgesprochen zu werden brauche.

Der Rh. A. G. H. erließ folgendes

Urtheil:

J. E., daß in dem Dekrete vom 30. Dezember 1809, Kap. 3 Abth. 2 besondere Vorschriften gegeben sind, nach welchen bei der Stellung, Debattirung und Abschließung der von dem Kirchenrendanten vor dem Kirchenrathe abzulegenden Rechnung verfahren werden soll, rücksichtlich dessen aber, daß der kirchlichen Behörde gegen den säumigen Rechnungspflichtigen keine bürgerlichen Zwangsmittel zustehen, im Art. 90 für den hier vorliegenden Fall der unterlassenen Präsentation der Rechnung besonders verordnet ist, daß auf Betreiben des öffentl. Ministeriums der Empfänger zur Rechnungsablage binnen einer bestimmten Frist und für den Fall des fruchtlosen Ablaufes dieser Frist zur provisorischen Zahlung eines der Hälfte der ordentlichen Einnahme des vorhergehenden Jahres gleichkommenden Betrages verurtheilt werden soll;

Daß die von dem Kgl. Ober-Prokurator zu Aachen auf den Grund dieses Gesetzes erhobene Klage die Anwendung des gesetzlichen Mittels bezweckte, die Erfüllung der Verbindlichkeit, vor dem Kirchenrathe in der vom Gesetze vorgeschriebenen Weise Rechnung zu legen, vom Appellanten zu erzwingen und das Gericht, indem es in dem angegriffenen Urtheile der Klage

gemäß erkannte, sich nicht in der Lage befand, einen Commissär zu ernennen, vor welchem die Rechnung zu stellen, da dasselbe mit dem Rechnungsverfahren selbst nicht befaßt war und somit die Vorschrift des Art. 530 der B. P. O. keine Anwendung finden konnte;

J. E., daß es sich von selbst versteht, daß die Zahlung der Summe, zu welcher der Appellant eventuell verurtheilt worden, nur provisorisch zu leisten sei und es der diesfälligen Erwähnung nicht bedurfte;

J. E. daß die Erklärung des Appellanten, zur Hinterlegung der fraglichen Rechnungen mit den Belegen auf der Kanzlei des Gerichtshofes bereit zu sein, als unter den obwaltenden Umständen ungehörig, ebenso unberücksichtigt bleiben muß, als es zur Beurkundung des Vorbehaltes der Rechte des Appellanten aus der Rechnungsperiode von 1824 bis 1849 an einer geeigneten Veranlassung fehlt, sonach aber den Anträgen desselben in keiner Beziehung statt zu geben ist.

Aus diesen Gründen

verwirft der Rh. A. G. H. die Berufung von dem Urtheile des Kgl. Landgerichts zu Aachen vom 3. November 1851 unter Verurtheilung des Appellanten in die Kosten zweiter Instanz und in die Succumbenzstrafe.

II. Senat. Sitzung vom 22. Januar 1853.

Advokaten: Wagedes — Nacken.

Kaufvertrag. — Läsion. — Berechnung der Verletzung. — Brandentschädigungsgelder.

Wird ein Grundstück, auf welchem ein Gebäude gestanden hat, nach Statt gehabtem Brande des letzteren, sammt den festgestellten Brandentschädigungsgeldern für einen und denselben Preis verkauft, so sind die genannten Entschädigungsgelder für einen integrirenden Theil des Grundstücks anzusehen, wenn sie nach den Statuten der betreffenden Feuerversicherungsgesellschaft zum Wiederaufbau verwendet werden müssen.

Der Beweis der Einrede der Verletzung über $^7/_{12}$ kann daher jeden Falls nur dann zugelassen werden, wenn nach den artikulirten Thatsachen der ganze Kaufpreis inclusive der Entschädigungsgelder noch nicht fünf Zwölftel desjenigen Werthes erreicht, welchen das Grundstück zur Zeit des Kaufvertrages unter Hinzurechnung der Versicherungsgelder hatte.

Auf die Vergleichung des Werthes des nackten Grundstücks mit dem nach Abzug des Betrages der Brandentschädigung übrig bleibenden Theile des Kaufpreises kommt es nicht an.

Art. 1674, 1677 B. G. B. — §. 58—59 bis 62, 65 des Reglements der Rhein. Prov. Feuer-Societät vom 5. Januar 1836.

von Grambusch — Berg.

Das Thatsächliche findet sich im Archiv, Band 47. 2 A. S. 111 angegeben. Vor dem Appellhofe, an dessen zweiten Senat die Sache durch Urtheil des vormaligen Rh. Revisions- und Cassationshofes vom 25. Mai 1852 verwiesen war, kam jetzt nur noch die Frage zur Sprache, ob bei Beurtheilung des Kaufakts vom 14. November 1848 die geständlich Seitens des Ankäufers von der Rh. Prov. Feuer-Societät im Betrage von 845 Thlr. erhobenen Assekuranzgelder von dem ganzen Kaufpreis ad 950 Thlr. in Abzug zu bringen seien, ob demgemäß das Vorhandensein einer Verletzung durch das Verhältniß des Restes des Kaufpreises (betragend in casu 105 Thlr.) zum Werthe des nackten Grundstücks bedingt werde und ob daher das Urtheil des Landgerichts zu Cleve vom 5. Juli 1850, welches den Beweis zugelassen hatte, daß das leere Grundstück zur Zeit des Verkaufs über 600 Thlr. werth gewesen, aufrecht zu erhalten sei.

Der Rh. A. G. H. verneinte diese Frage und nahm die Berufung des von Grambusch an durch folgendes Erkenntniß:

J. E., daß in dem Urtheile des Kgl. Revisions- und Cassationshofes vom 25. Mai 1852, welches das Appellations-Urtheil vom 23. Juni 1851*) cassirt hat, erwogen ist, daß die in der Appellationsinstanz aufgestellten subsidiairen Einreden des Cassationsverklagten gegen die Einrede der Läsion noch

*) Arch. 46. 1. 147.

nicht genügend erörtert seien, und auf den Grund dessen die Sache zur weiteren Entscheidung auf die Appellation des Cassationsverklagten an den A. G. H. zurückverwiesen ist;

J. E., daß in der in Folge dieser Zurückverweisung stattgehabten Verhandlung über die Läsionsfrage der Appellant sich wesentlich darauf beschränkt hat, das Vorhandensein einer die Anwendung des Art. 1674 des B. G. B. begründenden Verletzung überhaupt und auf den Grund des Art. 1677 ibidem vor Allem zu bestreiten, daß die von dem Appellaten vorgetragenen Thatsachen in dem Grade wahrscheinlich und richtig seien, daß aus denselben die Vermuthung einer wirklich stattgehabten Verletzung über $^7/_{12}$ hervorgehe;

J. E., daß in dem Vertrage vom 14. November 1848 dem Autor des Appellanten das fragliche, in einem Hausplatze, Gartengrund und Ackerländereien bestehende, einen Flächenraum von 2 Morgen 114 Ruthen 30 Fuß befassenden Grundstück, nebst den auf demselben vorhandenen Baumaterialien, und nebst der von der Rh. Prov. Feuer-Societäts-Direktion zu Coblenz für das auf dem Grundstücke vorhanden gewesene abgebrannte Gebäude auf die Summe von 845 Thlr. festgestellten Entschädigung für den Gesammtkaufpreis von 950 Thlr. zum vollen unwiederruflichen Eigenthume übertragen worden ist;

Daß die erwähnten Baumaterialien als Ueberreste des dem Grund und Boden inhärirenden vom Brande zerstörten Gebäudes einen Bestandtheil des Grundstückes bildeten und die mit übertragene Brandentschädigungssumme eine Forderung war, welche dem Eigenthümer des abgebrannten Gebäudes als solchem zukam, und somit mit dem Besitze des Grundstückes selbst in enger Verbindung stand;

Daß unter diesen Umständen die Absicht der Verkäufer, alle ihnen aus dem Grundstücke und in Beziehung auf dasselbe zustehenden Rechte in einem ungetrennten Zusammenhange auf den Ankäufer zu übertragen, außer Zweifel steht;

Daß eben dieser Verbindung wegen die gedachte Forderung unter dem Gesichtspunkte eines für sich bestehenden und eines der Absonderung von dem Grundstücke selbst fähigen Kaufobjectes um so weniger aufzufassen ist, als nach der zur Zeit des Vertragabschlusses in Kraft bestandenen Bestimmung der §. 58 u. 65 des Reglements für die Rh. Prov. Feuer-Societät vom 5. Januar 1836 alle aus dem Versicherungsvertrage entspringenden Rechte und Pflichten bei Veräußerung des Eigen-

thumes des Grundstückes als auf den Erwerber übertragen geachtet werden und die Wiederherstellung des abgebrannten Gebäudes auf derselben Stelle dem Eigenthümer als Zwangspflicht auferlegt ist, von deren Erfüllung die Auszahlung der Entschädigungssumme nach §. 59 bis 62 ibidem bedingt wird;

Daß vermöge dieser eigenthümlichen Bewandtniß der dem appellantischen Rechtsvorgänger mit übertragene Entschädigungsanspruch als in die Stelle des auf dem Grundstücke vorhanden gewesenen Gebäudes getreten und letzteres repräsentirend seiner wesentlichen Bedeutung nach als ein integrirender Theil des Grundstückes selbst betrachtet werden muß;

Daß demnach der Fall nicht vorliegt, in welchem Immobilien mit Mobilien zusammen für einen Gesammtpreis verkauft worden sind, und um zu ermessen, ob der Verkäufer eine die Aufhebung des Vertrages hinsichtlich der Immobilien gesetzlich begründende Verletzung erlitten, zur Ermittelung des Werths der verschiedenen Kaufobjecte zu schreiten, bei der Entscheidung dieser Frage vielmehr nach der Eigenthümlichkeit des gegenwärtigen Falles von einer solchen Ventilation abzusehen, und der gesammte Kaufpreis lediglich in Betracht zu ziehen ist;

Daß nach dem Betrage desselben nur dann für die Appellaten eine Läsion über $^7/_{12}$ eingetreten sein würde, wenn der Gesammtwerth der Verkaufsgegenstände die Summe von 2280 Thlr. überstiege;

Daß, wenn von dieser Summe die Retablissementsgelder selbst ihrem ganzen Betrage nach mit 845 Thlr. in Abzug gebracht werden, das Grundstück mit Einschluß der vorhanden gewesenen Baumaterialien einen die Summe von 1035 Thlr. übersteigenden Werth zur Zeit des Verkaufes gehabt hätte, welches nach Maaßgabe des Bestandes des Grundstückes von nur 2 Morgen 114 Ruthen 30 Fuß und des nur auf 4 Thlr. 6 Sgr. angegebenen Reinertrages sowie nach der Beschaffenheit der von den Appellaten selbst nicht als Gegenstand von größerer Bedeutung bezeichneten Baumaterialien weder an sich wahrscheinlich ist, noch von den Appellaten irgendwie wahrscheinlich gemacht worden, auch über die eigene Aufstellung der Appellaten hinausgeht, da in dem von ihnen in erster Instanz erbotenen Beweise nur artikulirt ist, daß die fraglichen Realitäten zur Zeit des Verkaufes 600 Thlr. werth gewesen seien;

J. E., daß sich hiernach die Cassonseinrede der Appellaten schon jetzt als nicht begründet darstellt, und da weitere Anträge von den Appellaten dermalen nicht gestellt sind, der Klage gemäß erkannt werden muß.

II. Civilsenat. Sitzung vom 3. Februar 1853.

Advokaten: Compes — Bessel.

Zeugen-Reproche. — Interesse des Zeugen.

Die gesetzlichen Bestimmungen hinsichtlich derjenigen Personen, welche als Zeugen reprochirt werden können, sind limitativ. — Ein auch noch so bedeutendes Interesse des Zeugen zur Entscheidung der Sache kann eine Reproche gegen denselben nicht begründen. Art. 283 B. P. O.

Harbisch — Grosmeilers.

Der von dem Rh. A. G. H. bereits mehrfach ausgesprochene, oben rubrizirte Grundsatz (vgl. Arch. 25, 1, 201. — 43, 1, 190 u. 240) ist in dem hier folgenden Urtheile selbst in dem Falle aufrecht erhalten worden, wo in einer Incidentfälschungsklage der Notar, welcher die als falsch angegriffene Urkunde — ein Testament — aufgenommen hatte, und daher, wie der Anwalt des Incidentfälschungsklägers hervorhob, gleichsam als Partei in der Sache zu betrachten war, wenigstens ein sehr bedeutendes Interesse bei dem Ausgange derselben hatte (Art. 239 B. P. O.), von dem Incidentfälschungsverklagten als Zeuge vorgeführt worden war.

Urtheil:

J. E., daß die allgemeine gesetzliche Regel der beweisenden Partei das Recht giebt, Zeugen nach ihrem Belieben vorzuführen, aber der Gegenpartei nicht ein Recht des Widerspruchs gegen die als Zeugen gewählten Personen verleiht;

Daß der Art. 283 der B. P. O. diejenigen Personen benennt, welche die Gegenpartei als Zeugen abzulehnen berechtigt ist;

Daß das persönliche Interesse an dem Ausgang des Prozesses, worauf die Verwerfung des Notars Rappard als Zeugen gegründet wird, nicht als Ablehnungsgrund in diesem Gesetze bezeichnet ist;

Daß dies Gesetz, als Ausnahmen von der allgemeinen Regel vorschreibend, keiner ausdehnenden Erklärung fähig ist, sondern angenommen werden muß, daß der Gesetzgeber die zugelassenen Ausnahmen auf die Fälle beschränken wollte, welche er namentlich angeführt hat;

Daß überdies zu einer über den Wortlaut hinausgehenden Erklärung Gleichheit des dem Gesetz unterliegenden Grundes vorausgesetzt wird, welche hier nicht Statt findet, indem im Art. 283 bestimmte Verhältnisse angegeben sind, welche die völlige Ablehnung eines Zeugen rechtfertigen, ein Interesse an der Sache dagegen nahe oder entfernt, groß oder klein sein kann, mithin ein völlig unbestimmter Gegenstand ist;

Daß endlich der angebliche Konflikt zwischen dem Gewissen und der amtlichen Stellung des Zeugen diesen selbst möglicher Weise hätte veranlassen können, sich von der Abgabe eines eidlichen Zeugnisses zu entschuldigen, im Munde der Appellanten aber auf ein Bestreiten der Glaubwürdigkeit hinaus läuft, was nicht jetzt, sondern später bei Verhandlung der Hauptsache zu prüfen sein wird.

Aus diesen Gründen

verwirft der Rh. A. G. H. die gegen den Zeugen August Rappard vorgebrachte Ablehnung und verurtheilt die Appellanten in die Kosten dieses Incidentpunktes.

I. Senat. Sitzung vom 28. Februar 1853.

Advokaten: Esser — Widenmann.

Interdictions-Verfahren. — Opposition. — Berufung.

Wider ein in contumaciam gegen den Interdictionsbeklagten ergangenes Interdictionsurtheil ist nicht die Opposition, sondern nur die Berufung statthaft.

Wilke — öffentl. Ministerium.

In Uebereinstimmung mit dem Urtheile des II. Civil-Senats vom 21. Januar 1847. — Arch. 41, 1, 145 hat auch der I. Civil-Senat in vorerwähnter Sache den obigen Satz gegen Chauveau-Carré Nro. 3030 ausgesprochen.

I. Senat. Sitzung vom 25. Januar 1853.

Advokat: Borchardt.

Abwesender Erbe. — Siegelanlage.

Unter dem Ausdrucke: „Abwesende Erben" im Art. 901 der B. P. O., in deren Interesse die Versiegelung eines Nachlasses von Amtswegen verfügt werden kann, sind nur solche gemeint, deren Existenz zur Zeit der Eröffnung des Nachlasses anerkannt wird.

Als eine Anerkennung in diesem Sinne kann die von dem Erblasser in seinem Testamente zu Gunsten des Abwesenden getroffene Verfügung nicht betrachtet werden; vielmehr kommt es nur auf die Erklärung der Miterben des Abwesenden an.

(Rathskammer-Sache.)

Erben Berg.

Nach dem am 15. Februar 1853 erfolgten Tode des Kaufmanns K. R. Berg zu Solingen erschien am 19ten desselben Monats der Kgl. Friedensrichter in der Wohnung des Verstorbenen, um von Amtswegen, da notorisch ein Sohn desselben, Namens Eduard Berg, seit längeren Jahren im Auslande abwesend sei, die Versiegelung des Nachlasses vorzunehmen. Die anwesenden Kinder des Verstorbenen erhoben hiergegen Einspruch aus dem Grunde, weil sie die Existenz ihres seit vierzehn Jahren verschollenen Bruders nicht anerkennen könnten, und daher gemäß Art. 135 und 136 des B. G. B. die Versiegelung des ihnen allein anerfallenen Nachlasses nicht zu dulden brauchten; sie producirten auch ein Testament des Erblassers vom 18. September 1852, worin dieser seinen Sohn Eduard auf den Pflichttheil beschränkt hatte, sowie eine Schenkungsurkunde vom 17. September 1852, wodurch er ihnen seine sämmtlichen Mobilien ausschließlich zugewandt hatte; subsidiarisch erboten sie den Beweis, daß ihnen seit 14 Jahren keine Nachrichten von ihrem Bruder zugekommen. Diese Opposition wurde durch Referebescheid des Kgl. Landgerichtspräsidenten zu Elberfeld vom 21. Februar 1853 verworfen, aus folgenden Gründen:

J. E., daß es unbestritten in der Notorietät beruht, daß ein Sohn des Erblassers, der Eduard Berg, seit vielen Jahren von seinem Wohnsitze Solingen abwesend sei; daß daher nach Art. 911 B. P. O. der Friedensrichter des Ortes nothwendig in der Lage war, von Amtswegen Siegel anzulegen, wenn

diese Anlegung im Interesse des Abwesenden von keiner andern Seite begehrt wurde;

J. E., daß die Erklärung der Miterben dahin, daß sie die Existenz des Eduard Berg nicht anerkännten, auch nach Art. 136 u. ff. des B. G. B. hieran etwas zu ändern nicht vermag, da die fragliche Aufstellung nicht bloß ohne jeglichen Nachweis oder Anerbieten des Nachweises geblieben ist, sondern auch, weil bei der anerkannten Existenz des Eduard Berg vor noch 14 Jahren eine Vermuthung für dessen Nichtexistenz nicht spricht, und die notariell testamentarischen und schenkweisen Verfügungen des Erblassers aus der allerjüngsten Zeit gegen die Aufstellung der Erben sprechen;

Daß unter diesen Umständen aber auch nicht einmal von der Inventur und mithin von der Siegelung der verschenkten Mobilien abgesehen werden kann, weil deren Feststellung zur Bestimmung des Pflichttheils nothwendig ist, welchen testamentarisch dem Abwesenden der Vater zugewiesen hat;

Daß hiernach der erbotene Beweis nicht erheblich sein kann.

Gegen diese Entscheidung ergriffen die Erben Berg die Berufung zum Rh. A. G. H., zu deren Rechtfertigung sie in der zu dem Ende überreichten Bittschrift sich auf ein Attest des Bürgermeisters zu Solingen, die bereits früher vorgelegten Schriften und in jure auf die Entscheidungen im Arch. 25, 1, 11, sowie bei Gilbert, codes annotés ad art. 136, Nro. 2, 7 u. 8, Zachariae §. 158, Demolombe, zu Art. 135 u. 136 bezogen. Der A. G. H. erließ hierauf folgenden reformatorischen

Beschluß:

J. E., daß Eduard Berg, in dessen Interesse die Siegelanlage auf den Nachlaß seines am 15. Februar curr. verstorbenen Vaters Carl Reinhard Berg von Amtswegen durch den Friedensrichter vorgenommen ward, nach dem Atteste des Bürgermeisters seines Domicils vom 22. Februar letzthin seit ungefähr 14 Jahren von seinem Wohnorte Solingen abwesend ist, und daß seit jener Zeit, soviel dem gedachten Beamten bekannt, keine Nachrichten von ihm oder über ihn eingegangen sind, sowie denn auch die von der Familie des Abwesenden angestellten Bemühungen zur Ermittelung seines Lebens und Aufenthaltes gemäß der vorgelegten Correspondenz fruchtlos blieben;

Daß hiernach die Existenz des Eduard Berg zur Zeit, wo die Erbschaft seines Vaters sich eröffnete, nicht als er-

wiesen angesehen werden kann, und ebenwenig von seinen Geschwistern anerkannt wird;

Daß daher die Erbschaft des verstorbenen Carl Reinhard Berg zufolge des Art. 136 des B. G. B. nicht als zu Gunsten des abwesenden Eduard Berg miteröffnet zu betrachten ist, und aus der Ungewißheit über sein Leben weiter nichts folgt, als daß seine eventuellen Rechte auf dessen Nachlaß nach den Bestimmungen der Art. 137 u. 138 ihm unbenommen bleiben;

Daß das Testament des Erblassers vom 18. September 1852 in Bezug auf seine Betheiligung bei jenem Nachlaß nur insofern in Betracht kommt, als es jene eventuellen Rechte für den Fall seines Wiedererscheinens fixirt;

Daß demnach die Appellanten vorläufig als einzige Erben ihres verstorbenen Vaters erscheinen, und der Art. 911 der B. P. O., der für den abwesenden Miterben die Siegelanlage auf den Nachlaß des Verstorbenen verordnet, hier keine Anwendung findet, weil seine Bestimmung ebenso, wie jene des Art. 113 des B. G. B. auf der Voraussetzung beruht, daß dem Abwesenden die Erbschaft wirklich mit anerfallen sei.

Aus diesen Gründen

gibt der Rh. A. G. H., mit Reformation des Referebescheides des Kgl. Landgerichtspräsidenten zu Elberfeld v. 21. Februar 1853, dem Einspruch der Appellanten gegen die am 19 ten desselben Monates von dem Friedensrichter zu Solingen begonnene Versiegelung des Nachlasses des daselbst verstorbenen Carl Reinhard Berg Statt und verordnet die Wiederaufhebung dieser Versiegelung 2c.

I. Senat. Rathskammersitzung vom 28. Februar 1853.
Advokat: Lautz.

Privilegium. — Commissionair.

Der Commissionair hat für seine Spesen ein Privilegium an der ihm übergebenen Waare, auch wenn er diese nicht zum Verkaufe, sondern zur Aufbewahrung und Verfügung des Eigenthümers erhalten; — er hat das Privilegium auf jedem Theile der Waare für die Spesen, welche er auf's Ganze verwendet hat. *)

*) Vgl. Arch. 44, 1, 76.

Bleckmann — Cleff.

Das Handlungshaus Cleff zu Düsseldorf hatte auf seinen Namen für Rechnung des fallirten Kaufmannes Bleckmann zu Solingen 100 Ballen Kaffee bezogen und auf's Lagerhaus gebracht. 55 Ballen hievon waren an Bleckmann abgeliefert und berechnet; dann noch 25 Ballen, wofür die Spesen (Steuern, Lagermiethe u. s. w.) noch offen standen, als Bleckmann fallirte. Der Syndik des Falliments forderte nun von Cleff die letzten 20 Ballen gegen Zahlung der hierauf verwendeten Auslagen, weigerte jedoch die Zahlung der noch nicht berichtigten auf die vorletzten 25 Ballen gemachten Auslagen, indem er dem Hause Cleff, weil es die Waare nicht zum Verkaufe erhalten habe, jedes Privilegium, jedenfalls ein auf den letzten 20 Ballen für die Spesen der 25 Ballen haftendes Privilegium bestritt.

Das Kgl. Landgericht zu Düsseldorf als Handelsgericht verordnete durch Urtheil vom 2. Juli 1852 auf den Antrag von Cleff den Verkauf der 20 Ballen, damit aus dem Preise alle Spesen vorzugsweise gedeckt würden.

Uebereinstimmend mit dem Antrage des öffentl. Ministeriums bestätigte der A. G. H. diese Entscheidung durch folgendes, in Bezug auf diese Frage also lautendes

Urtheil:

J. E., daß das appellatische Handlungshaus gleichzeitig Bank-, Commissions- und Speditions-Geschäfte betreibt, und daß, wenn der Fallirte Julius Bleckmann die aus Rotterdam im Monate August 1851 bezogenen 100 Ballen Kaffee an dasselbe, ohne vorherige Verabredung, adressiren und bei ihm bis zur anderweiten Verfügung lagern ließ, jenes Haus als Commissionär angegangen worden ist, mithin auch die Rechte eines solchen geltend machen kann;

— — — — — — — — —

Daß im Allgemeinen das Dasein eines Privilegiums, der Bestreitung des appellantischen Syndiks ungeachtet, angenommen werden muß, da das appellatische Haus, wie oben erwähnt, als Commissionär gehandelt hat, folglich die von demselben bezogenen Gesetzesstellen ihm zur Seite stehen;

Daß zwar der Art. 93 des H. G. B. nach seinem Wortlaute nur einem solchen Commissionär ein Privilegium zu gewähren scheint, dem Waaren zum Verkaufe zugegangen

sind, was untergebens nicht der Fall war; daß aber die Fassung dieses Artikels das Privilegium nicht an die Bedingung knüpft, daß demnächst der Verkauf wirklich geschehen sei, mithin auf den vom Gesetze erwähnten Verkauf um so weniger Gewicht zu legen ist, als sogar im Civilrechte das Privilegium bei dem Faustpfande stattfindet, obwohl dem Gläubiger die Verfügung über die ihm anvertrauten Sachen ausdrücklich untersagt ist (Art. 2078);

Daß überdies der Art. 95 durch seinen Gegensatz den Art. 93 näher erläutert, indem er bei Vorschüssen und Zahlungen auf konsignirte Waaren, welche der Commissionär dem mit ihm dieselbe Gemeinde bewohnenden Eigenthümer gemacht hat, nur dann ein Privilegium gewährt, wenn dasselbe nach den Bestimmungen des B. G. B. beurkundet worden ist, woraus *also* folgt, daß bei verschiedenen Wohnsitzen in einem solchen Falle der Art. 93 selbst dann zur Anwendung kommen muß, wenn unter den Parteien über einen beabsichtigten Verkauf nichts verabredet worden ist;

Daß auch das Privilegium des appellatischen Hauses durch Verabfolgung von 25 Ballen im Jahre 1852, ohne vorausgegangene Deckung, keine Alteration erlitten hat, indem das Gesetz nirgendwo eine solche Handlung mit der Strafe der Verlustigung bedrohet, vielmehr das Privilegium auf jedem Theile der Waare haftet und das appellatische Haus im Jahre 1852 nur in der Unterstellung herausgegeben hat, daß seine Vorschüsse aus diesem Jahre durch die noch im Freihafen lagernden 20 Ballen genügend gedeckt seien;

Aus diesen Gründen

verwirft der Rh. A. G. H. die wider das vom Kgl. Landgericht zu Düsseldorf in seiner Eigenschaft als Handelsgericht erlassene Urtheil vom 2. Juli 1852 eingelegte Berufung mit Strafe und Kosten.

III. Senat. Sitzung vom 29. Dezember 1852.
Advokaten: v. Hontheim — Forst.

Notar. — Urkunde. — Ausfertigung. — Gütergemeinschaft. — Ehefrau.

Die Ehefrau ist nach Auflösung der Gütergemeinschaft und vor Annahme der letztern befugt,

Abschrift von Notarialakten zu begehren, welche der Ehemann während der Gemeinschaft vollzogen hat.

v. Hatzfeldt — Coninx.

Nach Auflösung der Gütergemeinschaft, welche zwischen der Gräfin Hatzfeldt und deren Ehemanne bestanden hatte, und ehe die Gräfin sich über die Annahme der Gütergemeinschaft oder den Verzicht auf dieselbe erklärt hatte, belangte sie den Notar Coninx, weil dieser ihr die Ausfertigung einer von ihm aufgenommenen zwischen dem Grafen Hatzfeldt und Andern abgeschlossenen Notarialurkunde verweigerte. Der Notar Coninx entgegnete: er dürfe Ausfertigungen nur an die Kontrahenten, deren Erben oder Rechts-Inhaber ausliefern; hierzu gehöre die Klägerin nicht; er habe auch nicht zu untersuchen, ob die Gütergemeinschaft an dem fraglichen Vertrage betheiligt sei; die Gräfin Hatzfeldt repräsentire die Gütergemeinschaft weder ganz noch theilweise, und habe erst dann ein Recht auf die Urkunde, wenn das derselben zu Grunde liegende Rechtsgeschäft, nach geschehener Acceptation und Liquidation der Gütergemeinschaft in das Loos der Klägerin gefallen sei.

Das Kgl. Landgericht zu Düsseldorf wies die Klage durch Urtheil vom 14. Oktober 1851 ab; dieses wurde jedoch reformirt aus folgenden Gründen:

J. E., daß nach Auflösung der Gütergemeinschaft die von dem Ehemanne bis dahin allein ausgeübten Rechte auf die beiden Ehegatten, beziehungsweise deren Repräsentanten, gleichmäßig übergehen und demnächst der Ehefrau die Befugniß eingeräumt ist, die Gemeinschaft zu acceptiren oder auf dieselbe zu verzichten, diese Verzichtleistung auch im Falle des Art. 1463 des B. G. B. von selbst eintritt;

Daß demnach beiden Ehegatten, als den nunmehrigen Rechts-Inhabern der ehelichen Gesellschaft im Sinne des Art. 41 der Notariats-Ordnung und des Art. 839 der B. P. O. die Befugniß zustehen muß, von den über das gemeinschaftliche Vermögen während der Ehe aufgenommenen Urkunden Einsicht und Abschrift zu verlangen, die Ausübung dieses Rechts auch, was die Frau betrifft, um so weniger von deren Acceptation oder selbst von der erfolgten Theilung abhängen kann, als jene Einsicht ihr gerade erst die Möglichkeit, eine

Wahl zu treffen und bei der Theilung ihr Interesse wahrzunehmen, gewähren soll;

Daß nach Art. 1402 ib. sämmtliche Immobilien bis zum Beweise des Gegentheils für errungenschaftlich gehalten werden und daß die Appellantin sich auf diese gesetzliche, zu ihrer Legitimation hinreichende Vermuthung ebenfalls dem Appellaten gegenüber berufen kann, während dieser weder Befugniß noch Interesse hat, auf den von dem Grafen von Hatzfeldt im Theilungsverfahren etwa vorzubringenden Gegenbeweis sich zu beziehen, u. s. w.;

Daß Appellat demgemäß keine genügenden Gründe für seine Weigerung hatte, in Folge deren dessen Verurtheilung nach dem Klageantrage gerechtfertigt ist.

Aus diesen Gründen

ändert der Rh. A. G. H. das Urtheil des Kgl. Landgerichts zu Düsseldorf vom 14. Oktober 1851 ab, verurtheilt statt dessen zu Recht erkennend, den Appellaten unter Körperhaft, der Appellantin Einsicht des vor ihm am 11. März 1834 zwischen dem Grafen von Hatzfeldt, Johann Heinrich Wiedmann, Ludwig von Oven und Heinrich Hagdorn abgeschlossenen Kaufvertrages zu gestatten und ihr eine beglaubigte Abschrift desselben in gesetzlicher Weise zu ertheilen; legt dem Appellaten die Kosten beider Instanzen zur Last und verordnet die Rückgabe der Succumbenzgelder.

I. Senat. Sitzung vom 18. Januar 1853.

Advokaten: Kyll — Forst.

Verpfändung. — Allg. Landrecht. — Wirkung in der Rheinprovinz.

Die Gültigkeit und Wirksamkeit einer unter der Herrschaft des Allg. Landrechts eingegangenen und durch Tradition des Cautions-Dokuments ausgeführten Verpfändung einer Cautionssumme, die sich bei der der Verwaltung der Staatsschulden befindet, ist lediglich nach dem Allg. Landrechte zu beurtheilen, wenngleich der desfallsige Pfandanspruch bei den Rh. Gerichten im Distributionsverfahren über den vakanten

Nachlaß des im Gebiete des Rh. Rechtes verstorbenen Verpfänders geltend gemacht wird, und es kommt auf die durch den Art. 1057 B. G. B. vorgeschriebene Form der Verpfändung einer Forderung nicht an.

Zolling — Prinz u. Meurin.

Der Königl. Lazareth-Inspektor Zucker zu Wittenberg hatte von dem Regiments-Arzt Dr. Zolling ein Darlehn von 400 Thlr. erhalten, über dasselbe unter dem 1. Januar 1842 zu Wittenberg einen Schuldschein unter Privatunterschrift ausgestellt und dem Darleiher zur Sicherheit seine Amtscaution im Betrage von 475 Thlr. schriftlich und mittelst Aushändigung des über die Caution von der Verwaltung der Staatsschulden ausgestellten Dokuments verpfändet. Später ward Zucker nach Trier versetzt, wo er unter dem 3. September 1849 starb. Sein Nachlaß ward für vakant erklärt und bei dem eingeleiteten Distributionsverfahren machte Dr. Zolling seine obengedachte Forderung im privilegirten Range geltend. Er wurde jedoch sowohl vom Richtercommissar im provisorischen Status, als auf die eingelegte Opposition durch das Urtheil des Landgerichts zu Trier vom 1. December 1852 mit diesem Anspruche abgewiesen, im wesentlichen aus dem Grunde, weil die Form des Art. 1075 B. G. B. bei der Verpfändung zu Lebzeiten des Zucker nicht erfüllt sei, die Nachholung derselben aber nach dem Tode desselben, da der Nachlaß für vakant erklärt worden, nach der Analogie des Art. 2146 B.G.B. nicht mehr von Wirkung habe sein können.

Auf die gegen dieses Urtheil eingelegte Berufung erkannte der Hof reformatorisch:

J. E. daß laut dem vorliegenden Scripto Wittenberg den 1. Jan. 1842 der Lazareth-Inspektor Zucker bekennt von dem Regiments-Arzt Dr. Zolling ein Darlehn von 400 Thlr. erhalten zu haben, mit dem Zusatz: „wofür ich meine gestellte Amtscaution als Unterpfand verschreibe und den Cautionsschein dem Dr. Zolling übergeben habe.“

Daß auch Appellant Zolling im Besitze dieses: Berlin den 24. Juli 1834 von der General-Staatskasse sub Nro. 7316 über 475 Thlr. ausgestellten Cautions-Dokuments sich befindet;

Daß daher nach dem sowohl im Gebiete des Rh. Rechts als des Allg. Landrechts geltenden Satze: locus regit actum,

(Allg. Landrecht Th. I. Tit. V. §. 111) die formelle Gültigkeit der Verpfändung nur nach dem Gesetze des Orts, wo er zu Stande gekommen, mithin im vorliegenden Falle nach dem Allg. Landrecht als dem in Wittenberg geltenden Rechte beurtheilt werden kann;

Daß auch ebenso bei der Frage nach der Tragweite seiner Wirksamkeit die Vorschriften des Allg. Landrechts maaßgebend sind, da er nicht blos unter demselben abgeschlossen, sondern auch, wie schon angedeutet, unter demselben zur Ausführung kommen sollte, durch Aushändigung des Schuld-Dokuments zur Ausführung gekommen ist, und die verpfändete Summe sich im Gebiete des Allg. Landrechts bei der Hauptverwaltung der Staatsschulden als Depositum (Cabinets-Ordre vom 11. Februar 1832 S. 61. §. 4 u. 6.) befindet.

J. E., daß die formelle Gültigkei der Verpfändung nicht zweifelhaft ist, da sowohl die schriftliche Erklärung ein Faustpfand zu bestellen, als die Uebertragung durch Aushändigung des Cautions-Dokuments an den Appellanten vorliegt, hierdurch aber der Vertrag zur Perfection gekommen, indem das dingliche Recht am Faustpfand erworben ist; — Allg. Landrecht Th. I. Tit. 20. §. 7. 282 seq. — Verordnung vom 9. December 1809. — Allg. Landrecht Tit. 11. §. 394.

Daß gegen diese Gültigkeit und Perfection weder aus dem Mangel eines sichern Datums des Scripti vom 1. Januar 1842, noch aus dem Mangel der Bekanntmachung der Verpfändung während Zuckers Leben an die Schuldnerin, die General-Staatskasse resp. für selbe an die Intendantur des 8. Armeekorps als letzte vorgesetzte Behörde des Zucker ein Grund hergenommen werden kann, da rücksichtlich des ersten Grundes das Allg. Landrecht die Vorschriften über ein sicheres Datum im Sinne des Rh. Rechtes, insbesondere im Sinne des Art. 1075 B. G. B., nicht kennt, es an jedem Anhaltspunkt dafür, daß das Scriptum vom 1. Januar 1842, später als sein Datum besage, etwa erst während des Aufenthaltes des Zuckers in Trier, ausgestellt sei, gebricht, und rücksichtlich des zweiten Grundes die Bekanntmachung der Verpfändung an den Schuldner der gepfändeten Summe nicht zur Gültigkeit des Vertrages gehört, indem die §§. 7. 273. 274. 281 seq. l. c. ausdrücklich bestimmen, daß der Pfandvertrag durch die Uebergabe des Pfandobjekts und, in so fern von ausstehenden Forderungen die Rede, durch Aushändigung der betreffenden

Urkunde (nebst schriftlicher Abfassung) perfekt werde, der Faustpfand-Inhaber durch seinen Besitz des Dokuments ohne Insinuation an den Schuldner rücksichtlich des Kapitals sicher sei und selbe nur rücksichtlich der Zinsen nöthig sei; §. 283. 284. l. c. —

Daß auch die Verordnung vom 9. December 1809 die Bekanntmachung der Verpfändung an den Aussteller der Urkunde keineswegs als ein Essentiale zur Gültigkeit und Wirksamkeit der Verpfändung erfordert; daß selbe vielmehr die Begründung des dinglichen Rechtes als mit dem Augenblick entstanden erklärt, in welchem die Urkunde dem Pfandgläubiger schriftlich verpfändet und wirklich übergeben worden; daß mithin die Theorie des Allg. Landrechts in dieser Hinsicht bestätigt und nur in sofern eine Abänderung festgesetzt wird, als die Verordnung die weitere Bestimmung enthält, daß beim Mangel einer solchen Bekanntmachung an den Schuldner diejenigen Zahlungen und rechtlichen Handlungen, so weit sie zu seinem Vortheile gereichen, gültig sein sollen, welche er redlicher Weise aus Mangel dieser Wissenschaft (der Verpfändung nämlich) vorgenommen hat, welcher Fall nicht vorliegt;

J. E., daß das Gesetz vom 15. April 1837 lediglich an die Stelle der General-Staatskasse die vorgesetzte Dienstbehörde des Verpfänders bestellt, an welche die Insinuation der Verpfändung, (in so fern sie für zweckmäßig oder nöthig erachtet wird) geschehen solle, rücksichtlich des bestandenen Rechts aber über die Perfection des Geschäfts nichts bestimmt;

J. E. daß, wenn also diesemnach ein nach den Gesetzen, wo er geschlossen worden, gültiger und wirksamer Verpfändungs-Vertrag vorliegt, der Umstand, daß Zucker nachher sein Domizil aus dem Gebiet des Rh. Rechts (soll wohl heißen: Allg. Landrechts) nach Trier verlegt hat, unverkennbar die einmal erworbenen Rechte des Appellanten nicht ändern kann, eben so wenig wie der Umstand, daß Appellant durch diese Domizilveränderung in die Lage gekommen ist, sein Recht nicht bei den Gerichten des Allg. Landrechts, sondern bei denen des Rh. Rechts in Anspruch nehmen zu müssen;

Daß es diesemnach auf die weiter ventilirten Fragen, ob noch nach dem Tode des Zucker durch die am 9. Januar 1850 erfolgte Einregistrirung des Akts vom 1. Juli 1842 und die am 15. desselben Monats und Jahres geschehene

Zustellung der Verpfändung an die General-Staatskasse zu Händen der Intendantur des 8. Armeekorps, als Zuckers letzter Dienstbehörde, bei der Vakanz des Nachlasses der Vorschrift des Art. 1075 mit Wirkung habe nachgekommen werden können, und ob und in wie fern dies nach Rh. Rechte nöthig sei, nicht ankommen kann;

J. E., daß die vom Appellanten liquidirte Summe in quanto nicht bestritten ist;

J. E., daß den Appellaten als Succumbenten die Kosten zur Last fallen müssen.

Aus diesen Gründen

reformirt der Hof, indem er den Einspruch gegen den provisorischen Status vom 14. August 1852 für begründet erklärt, das Urtheil des Landgerichts zu Trier vom 1. December 1852 und statt dessen erkennend, verordnet er, daß dem Appellanten Zolling im privilegirten Range für seine Forderung u. s. w.

II. Senat. Sitzung vom 6. Mai 1853.

Advokaten: Herbertz — Rübsahmen.

Berufbarkeit. — Theilung der Schuld unter Miterben.

Die Berufbarkeit geht dadurch nicht verloren, daß der Verklagte im Laufe des Prozesses stirbt und an seine Stelle mehrere Erben treten, deren einzelne Schuldantheile die Summe von 1000 Francs nicht erreichen*).

von Hohenhausen — Schönenberg.

Urtheil:

— — — — — — — — —

J. E., was die von Seiten der Appellatin der Berufung entgegengesetzte Einrede des Mangels der appellabeln Summe angeht, daß der Klagegegenstand 415 Thlr. 23 Sgr. 3 Pf. beträgt; daß er auf einem Fundamente, der Lieferung von Kohlen, beruht, daß die Klage ursprünglich gegen den von Hohenhausen als haftbar für den ganzen Betrag gerichtet war, daß auch dies ganze Objekt noch jetzt im Streite ist;

---

*) Vergl. Arch. 31. 1. 85. u. 224. — 37. 1. 94. — 40. 1. 142. — 44. 1. 228.

Daß aber der Umstand, daß im Laufe des Prozesses der ursprüngliche Verklagte gestorben und an dessen Stelle mehrere Erben getreten sind, auf die Berufbarkeit keinen Einfluß üben kann, da es auf die ursprüngliche Klage ankommt, die jetzigen Appellanten die Stelle dieses einen Verklagten einnehmen und selbst schon gegen diesen während seines Lebens ein Urtheil in dieser Sache, Contumacial-Verbindungs-Urtheil vom 3. Februar 1850 nämlich, erlassen worden ist, daß diesemnach, da ein 1000 Francs übersteigendes Klageobjekt vorhanden war und ist, die Appellation annehmbar erscheint.

II. Senat. Sitzung vom 31. März 1853.

Advokaten: Wallraf — Rübsahmen.

Gütertrennung. — Ehescheidung. — Zeitpunkt für die Fixirung des Bestandes der zu theilenden Gütergemeinschaft.

Welcher Zeitpunkt ist maaßgebend für die Fixirung des Bestandes der zu theilenden Gütergemeinschaft, wenn die Gütertrennuug in Folge der gerichtlichen Ehescheidung stattfindet? *)

Der A. G. H. II. Senat hat in der im Arch. 47, 1, 79 mitgetheilten Sache: Kaufmann — Kaufmann die obige Frage, dem Urtheile des Landgerichts zu Köln beipflichtend, dahin entschieden, daß der Tag, an welchem die Ehe durch den Ausspruch des Civilstandsbeamten aufgelöst werde, als der für den Bestand der zu theilenden Gütergemeinschaft maaßgebende Moment zu betrachten sei.

Dieselbe Frage ist seitdem noch zweimal zur Entscheidung des A. G. H. gekommen:

I. Fall.

Saalberg — Platte.

Hier hat der III. Senat entschieden, daß für die Auseinandersetzung der Gütergemeinschaft der Bestand derselben zur Zeit der Ehescheidungsklage maaßgebend sei. **)

*) Man vergl. Gilbert ad art. 1441, Not. 3 u. ad art. 290, Not. 9.

**) Das Landgericht zu Elberfeld hatte das Datum der im Art. 238 B. G. B. erwähnten Ordonnanz, (den 6. August 1849) als maaßgebend bezeichnet, der A. G. H. fand keine Veranlassung

Die Entscheidungsgründe lauten, wie folgt:

J. E. zur zweiten Beschwerde, daß die Anstellung einer Klage und das dadurch begründete Prozeßverhältniß unter den Parteien die Wirkung hat, daß der durch die Klage geltend gemachte Anspruch nach dem Zeitpunkte der Anhängigmachung des Prozesses beurtheilt, und dem Kläger, welchem aus der Dauer des Prozesses kein Nachtheil erwachsen soll, Alles zu erkannt werden muß, was er gehabt haben würde, wenn das Urtheil schon gleich Anfangs hätte gesprochen werden können;

Daß dieser, aus dem Wesen des Prozesses und der richterlichen Entscheidung sich ergebende Grundsatz der Rückwirkung des Urtheils auf den Tag der Klage auch auf die Ehescheidungsklage Anwendung finden muß, sofern nicht durch die Natur dieser Klage oder specielle Bestimmung des Gesetzes eine Ausnahme begründet ist;

Daß die Klage auf Scheidung der Ehe indirekt auch die Klage auf Auflösung der ehelichen Gütergemeinschaft einschließt, da die Ehescheidung nach Art. 1441 des B. G. B. die Auflösung der Gütergemeinschaft begründet;

Daß das Urtheil, wodurch auf Scheidung der Ehe und indirekt auf Auflösung der Gütergemeinschaft erkannt wird, zwar rücksichtlich der *Auflösung der Ehe* und des davon unzertrennlichen Verhältnisses der Vaterschaft und Kindschaft *nicht auf den Tag der Klage* zurückwirkt, daß vielmehr nach Art. 264, 228 u. 314 des B. G. B. die Auflösung der Ehe erst von dem Zeitpunkte an eintritt, wo der Civilstands-Beamte auf Grund des Scheidungsurtheils die Auflösung der Ehe ausgesprochen hat;

Daß indeß hieraus nicht gefolgert werden kann, daß das Urtheil auch *hinsichtlich der Auflösung der Gütergemeinschaft* nicht auf den Tag der Klage zurückwirke, sondern die Auflösung der Gütergemeinschaft erst von dem Zeitpunkte an, wo die Ehe durch den Ausspruch des Civilstands-Beamten wirklich aufgelöst worden, eintrete; da die Ausschließung der Rückwirkung des Scheidungsurtheils in Be-

---

sich ausdrücklich darüber auszusprechen, ob der Tag der Erlassung der Ordonnanz oder aber der Tag der Vorladung auf Grund der Ordonnanz (der 16. August 1849) als der entscheidende Tag, resp. der Tag der Klage zu betrachten sei.

zug auf die Auflösung der Ehe auf der Eigenthümlichkeit des persönlichen Verhältnisses der Eheleute und des Verhältnisses der Vaterschaft und Kindschaft, sowie auf Gründen der öffentlichen Ordnung beruht, welche hinsichtlich der durch das Scheidungsurtheil indirekt erkannten Auflösung der Gütergemeinschaft nicht Platz greifen; auch das Fortbestehen der Ehe während des Scheidungsprozesses an und für sich kein Hinderniß ist, dem, mittelst Anstellung der Klage auf Ehescheidung, indirekt geltend gemachten Anspruche auf Auflösung der Gütergemeinschaft schon vom Tage der Klage ab zu genügen, und daraus, daß bei der Ehescheidungsklage die Auflösung der Gütergemeinschaft nur als gesetzliche Folge der Scheidung der Ehe eintritt, nicht folgt, daß ihre Wirkung sich auf die Zeit nach dem wirklichen Eintritte der Auflösung der Ehe beschränke;

Daß für die Annahme, daß die durch das Scheidungsurtheil **indirekt** erkannte Auflösung der Gütergemeinschaft auf den Tag der Klage zurückwirke, auch der Umstand spricht, daß auch bei der direkten Klage auf Auflösung der Gütergemeinschaft, das Urtheil, welches die Gütertrennung ausspricht, nach Art. 1445 des B. G. B. auf den Tag der Klage zurückwirkt, obgleich die rechtliche Wirksamkeit dieses Urtheils und somit das wirkliche Eintreten der Auflösung der Gütergemeinschaft davon abhängig gemacht ist, daß nach Erlassung des Urtheils die Vollziehung der Auseinandersetzung in der vorgeschriebenen Frist und Form erfolge;

Daß hiervon abgesehen in den Art. 270 u. 271 des B. G. B. hinsichtlich der Ehescheidungsklage nicht nur das Recht der in Gütergemeinschaft lebenden Frau, jede nach Erlassung der das persönliche Erscheinen verordnenden Ordonnanz Seitens des Mannes eingegangene Verpflichtung zu Lasten der Gütergemeinschaft und jede nach dem Tage dieser Ordonnanz von dem Manne vorgenommene Veräußerung von Immobilien der Gütergemeinschaft, wenn dieselben zur Verkürzung ihrer Rechte geschehen sind, selbst Dritten gegenüber anzufechten, anerkannt, sondern auch noch bestimmt ist, daß von dem Tage der besagten Ordonnanz an, in jeder Lage des Prozesses der Frau freistehe, **zur Conservation ihrer Rechte** die Anlegung der Siegel auf das zur Gütergemeinschaft gehörige bewegliche Vermögen anlegen zu lassen, und daß diese Siegel nur unter der Errichtung eines Inventars, verbunden mit

einer Schätzung, und unter der Verpflichtung des Mannes, die inventarisirten Gegenstände herbei zu schaffen, oder als gerichtliche Hüter für den Werth zu haften, abgenommen werden sollen;

Daß aus diesen Bestimmungen unzweideutig hervorgeht, daß, wenn auch während des Scheidungsprozesses der Mann den Besitz und die Verwaltung der Gütergemeinschaft als Chef derselben behält, dennoch, wenn demnächst auf die Ehescheidung erkannt wird, für die Auseinandersetzung der Gütergemeinschaft der Bestand derselben zur Zeit der Klage maaßgebend sein soll;

Daß dieses namentlich daraus erhellt, daß nach der ausdrücklichen Bestimmung des Art. 270 die gleichzeitig mit Anstellung der Klage erfolgte Siegelanlage das Recht der Frau auf Theilung nach dem Bestande zur Zeit der Klage nicht erst begründet, sondern nur conservirt; und daß daraus, daß im Art. 270 die Siegelanlage lediglich als eine Maaßregel zur Conservation der bereits vorhandenen Rechte der Frau bezeichnet, und dem freien Ermessen der Frau anheim gestellt ist, ob und wann sie von dieser Maaßregel zur Conservation ihrer Rechte Gebrauch machen wolle, gefolgert werden muß, daß das Recht der Frau auf Theilung nach dem Bestande zur Zeit der Klage unabhängig von der Siegelanlage bestehe;

Daß demnach zur Feststellung des zu theilenden gütergemeinschaftlichen Vermögens der Parteien nicht der Bestand zur Zeit des Ausspruchs der Scheidung durch den Civilstands-Beamten, sondern der Bestand zur Zeit der Anstellung der Klage maaßgebend ist;

Daß zu dieser Zeit, wie von dem Appellanten nicht bestritten und jedenfalls auf den Grund der in dem angefochtenen Urtheile angeführten Umstände anzunehmen ist, Appellant von den mitgenommenen Effekten, Waaren und Geldern nach dem in dem angefochtenen Urtheile angenommenen Betrag von 9142 Thlr. 6 Sgr. in Händen gehabt hat;

Daß folglich die eingelegte Berufung, soviel die zweite Beschwerde betrifft, als nicht begründet erscheint.

III. Senat. Sitzung vom 2. März 1853.

Advokaten: Compes — Kyll.

II. Fall.

von Hatzfeld — von Hatzfeld

Dagegen ist der II. Senat in der hier rubrizirten Sache bei seiner frühern Ansicht verblieben, indem er erwog:

J. E., soviel die Berufung wider das Urtheil des Landgerichts zu Düsseldorf vom 7. Juli 1852 selbst betrifft, welche zum Gegenstand hat den Zeitpunkt, von wo an von dem Appellaten Rechnungslage gefordert wird u. s. w.; daß die Entscheidung des Richters a quo rücksichtlich dieser Punkte (Tag des Ausspruchs der Ehescheidung) auf richtigen, nicht widerlegten Gründen beruht;

Daß insbesondere der Annahme, daß die Auflösung der Gütergemeinschaft rechtlich bis zum Tage der Ehescheidungsklage zurückzuziehen sei, nicht nur die Bestimmungen der Art. 270 u. ff. entgegenstehen, sondern auch die Erwägung, daß die Gründe, aus welchen auf Ehescheidung geklagt werden kann, an sich keineswegs einen Anspruch auf Gütertrennung gewähren, und diese daher auch gar nicht als der Gegenstand der richterlichen Entscheidung in dem Ehescheidungsurtheil angesehen werden kann, sondern lediglich als eine nothwendige Folge der wirklich vollzogenen Scheidung selbst.

II. Senat. Sitzung vom 5. März 1853.
Advokaten: Kyll — Müller.

Berufungsakt. — Nichtigkeit desselben. — Einheit der Klage in Beziehung auf die Frage der Appellabilität. — Zeugen-Verhör. — Wiederholte Vernehmung schon abgehörter Zeugen.

Auf dem rechten Rheinufer kann ein Kirchenvorstand nur in der Person seines Präsidenten, nicht auch in der Person des Rendanten geladen werden, und wenn jenem auch der Vorladungs- oder Berufungsakt zugestellt worden, der Präsident aber das Visa nicht ertheilt hat, so ist der Ladungs- oder Berufungsakt nichtig, wenn derselbe auch gleichzeitig dem Rendanten

zugestellt worden und dieser das Visa ertheilt haben sollte.*) Art. 69 u. 70 der B. P. O.

Die von einem Kirchenvorstande und dem Pfarrer auf Anerkennung eines Zehntrechts für die Pfarrei und Entrichtung der Rückstände an den Pastor gerichtete Klage ist in ihrer Totalität und deshalb auch Letzterm gegenüber der Cognition zweier Instanzen unterworfen, wenn die Zehntrückstände für sich auch eine appellable Summe nicht erreichen sollten.

Ein Zeuge, welcher bereits auf Anstehen einer Partei vernommen worden, kann auf Anstehen derselben Partei während der für die Beendigung des Zeugenverhörs noch laufenden Frist in einem zweiten Termine noch einmal vernommen werden.**) Art. 278, 283, 292, 272.

Wittwe Joest u. Cons. — Kirchenvorstand und Pastor zu Eitorf.

J. E., daß der Berufungsact vom 6. December 1852 den Pfarrer Zimmermann als Präsidenten der Kirchenfabrik von Eitorf bezeichnet, gleichwohl das Original, dem Art. 69 Nro. 3 der B. P. O. zuwider, von demselben nicht visirt worden ist;

Daß diese unter Strafe der Nichtigkeit gebotene Förmlichkeit nicht dadurch ersetzt werden kann, daß der Berufungsact auch dem Rendanten der Fabrik insinuirt worden ist und derselbe das Original wirklich visirt hat, da der Rendant durch keine für das rechte Rheinufer verbindliche Verordnung als die zur Vertretung der Kirche qualifizirte Behörde bezeichnet worden ist, und moralische Personen nach dem angeführten Art. 69 der B. P. O. nur durch ihren wirklichen Vorstand vor Gericht Recht nehmen können;

Das demnach der Kirche gegenüber der Appellakt als nichtig erklärt werden muß;

Daß jedoch der Pfarrer Zimmermann in eigenem Namen gleichzeitig mit der Kirchenfabrik geklagt hat, und ihm da-

*) So entschied auch der II. Senat am 3. Februar 1853 in Sachen Bohlscheid u. Cons. — Kirchenvorstand und Pastor zu Eitorf.

**) Cf. Arch. Bd. 23, 1. 85.

her auch in dieser Privat-Eigenschaft die Berufung angezeigt worden ist; daß nun aber derselbe in dieser Eigenschaft den Mangel des Visas nicht geltend machen kann, mithin auf die Sache näher eingegangen werden muß;

Daß die wider die Appellanten erhobene Klage dahin gerichtet ist, daß der Pfarrei Eitorf auf 15 derselben zugehörigen Grundstücken das Zehntrecht zuerkannt, und sie verurtheilt werden mögen, an den Pfarrer Zimmermann die Rückstände aus den Jahren 1846, 1847 und 1848 mit 16 Thlr. 19 Sgr. 4 Pfg., sowie den Zehnten vom Jahre 1849 nach dem höchsten Marktpreise zu entrichten;

Daß diese Klage ein zusammenhängendes Ganze bildet und in ihrer Totalität der Cognition zweier Instanzen unterliegt, mithin der von Zimmermann entgegengesetzte Mangel der appellablen Summe nicht berücksichtigt werden kann;

Daß zur Hauptsache die Parteien in der Geltendmachung ihrer Beweismittel nur in sofern beschränkt werden dürfen, als ihnen die Gesetze entgegenstehen; daß nun aber kein Gesetz verbietet, die bereits einmal vernommenen Zeugen innerhalb der Beweisfrist abermals vorzuführen, und daß, obwohl das Gegentheil in der Prozeßökonomie liegen mag, dies doch zur Ableitung eines allgemeinen Verbots nicht genügt, indem diese Zeugen wesentliche Punkte vergessen, oder spätere Zeugen Thatsachen berührt haben können, die ihre nochmalige Vernehmung im Interesse der Wahrheit höchst wünschenswerth oder selbst nothwendig erscheinen lassen;

Daß selbstredend bei hervortretenden Widersprüchen in beiden Depositionen der Zeugen es dem Richteramte überlassen bleibt, ihnen die Glaubwürdigkeit zu versagen, oder sogar ihre gerichtliche Verfolgung wegen Meineides zu veranlassen;

Daß der aus der abermaligen Vereidung der Zeugen hergeleitete Einwand, vorausgesetzt, daß sie erforderlich sei, dieser Auslegung nicht im Wege steht, indem das Gesetz allerdings nur einer Eidesleistung gedenkt, aber auch den Fall eines wiederholten Verhörs nicht vorgesehen hat, mithin auch dafür keine Vorschriften geben konnte, und der Richter daher diese Lücke nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen ergänzen muß;

Daß die Appellanten die abermals vernommenen Zeugen vermöge des Art. 283 der B. P. O. nicht reprochiren können, weil sie in ihrer ersten Aussage ein Certifikat ausgestellt haben sollen, indem die vor dem Commissar unter Ableistung eines

Eides abgegebene Erklärung sich mit einem Certifikate nicht identifiziren läßt;

Daß aus dem Art. 292 l. c., welcher bei einem durch den Fehler des Commissars vernichteten Verhör die Vernehmung derselben Zeugen gestattet, sich ein Verbot für alle andern Fälle nicht ableiten läßt, indem dort nur ein Ausnahmefall, woraus keine allgemeine Regel entnommen werden kann, besprochen wird, und eine für das geschlossene Verhör ertheilte Vorschrift nicht analogisch auf das während des Laufes der Beweisfrist unbeschränkte Recht des Beweisführers erstreckt werden darf;

Daß der Art. 272 l. c., welcher von der dem Zeugen zu machenden Vorlesung seiner Aussage und der Registrirung seiner Zusätze und Abänderungen handelt, an eine zweite Vernehmung gar nicht gedacht hat, mithin sich auch für deren Unzulässigkeit daraus keine Argumente ableiten lassen;

Daß, wenn sonach der erste Richter die abermalige Vernehmung der Zeugen mit Recht gebilligt hat, die Appellanten auch dadurch nicht beschwert worden sind, daß nicht ihrem Antrage gemäß der Gegenpartei die Kosten des zweiten Verhörs zur Last gelegt worden sind, indem jene Kosten der Hauptsache angehören, mithin bis zu deren Entscheidung vorbehalten bleiben müssen;

Aus diesen Gründen

erklärt der Kgl. Rh. A. G. H. den Berufungsakt vom 6. Dezember 1852 dem Kirchen-Vorstande von Eitorf gegenüber für nichtig, verwirft dagegen rücksichtlich des Pfarrers Zimmermann die wider das Urtheil des hiesigen Kgl. Landgerichts vom 27. Juli 1852 eingelegte Berufung als ungegründet, und verurtheilt die Appellanten in die Kosten dieser Instanz, sowie in die gesetzliche Strafe.

III. Senat. Sitzung vom 10. Februar 1853.

Advokaten: Borchardt — Esser I.

Eviction. — Subhastation. — Cessionar.

Eviction ist vorhanden, sobald dem Käufer die rechtliche Möglichkeit der freien Disposition über das Kaufobject benommen ist, ohne daß die Entziehung der faktischen Detention hinzutreten müßte.

Derjenige, welchem in einem Kaufvertrage der Kaufpreis cedirt worden ist, tritt nicht dergestalt an die Stelle des Verkäufers, daß der evincirte Käufer Gewährleistung von ihm fordern könnte; folgeweise berechtigt auch die Consolidation des Eigenthumsrechtes in der Person dieses Cessionars denselben nicht, den Kaufpreis vom Käufer zu fordern.

Art. 1604, 1626, 2178, 1653 des B. G. B.

Latz — Koch und Coblenz.

Bei einer am 22. Oktober 1845 auf Anstehen der Eheleute Simon zu Wadrill gehaltenen Güterversteigerung, deren Erlös im Akte selbst dem Handelsmann Daniel Coblenz cedirt wurde, steigerte Johann Latz unter Verbürgung von Johann Koch ein Haus an. Unterm 21. Mai 1849 wurde dasselbe auf Anstehen eines Gläubigers der Eheleute Simon subhastirt und dem Coblenz zugeschlagen, worauf Latz dasselbe verließ. Am 17. April 1852 erwirkte Johann Koch eine Arrestanlage gegen Latz, indem er behauptete, daß dieser noch den Kaufpreis aus der Versteigerung vom 22. October 1845 schulde, und er als Bürge nach Art. 2032 des B. G. B. Zahlung zu fordern berechtigt sei. In der beim Kgl. Landgerichte zu Trier über die Gültigkeit dieses Arrestes eingeführten Instanz intervenirte Coblenz, indem er die Verurtheilung des Latz zur Zahlung jenes Steigpreises nebst Zinsen an ihn beantragte. Latz behauptete zur Zahlung des Kaufpreises nicht mehr verbunden zu sein, da ihm durch die Subhastation vom 21. Mai 1849 das Kaufobjekt entzogen worden, und an der hierdurch begründeten Novation durch die jetzt von Coblenz abgegebene Erklärung, daß er nur, um die Drittbesitzer vor Eviction zu schützen, angesteigert habe, nichts geändert werde. Durch Urtheil vom 28. Mai 1852 verwarf das Königl. Landgericht zu Trier die Einreden des Latz, verurtheilte ihn zur Zahlung des Kaufpreises an Coblenz, und erklärte die gegen ihn angelegten Arreste für gültig, die Gründe dieser Entscheidung waren: daß eine Eviction des Latz durch die Subhastation nicht eher eingetreten sein würde, als bis ihm das Adjudicationsprotokoll mit Räumungsaufforderung zugestellt worden wäre, was nicht geschehn; und daß eine Aufhebung der Versteigerung von 1845 durch die Subhastation von 1849 nicht eingetreten sei.

Hiergegen ergriff Latz die Berufung zum Rh. Appell.-Ger.-Hofe, zu deren Begründung ausgeführt wurde, eine Verbindlichkeit des Appellanten zur Zahlung des geforderten Kaufpreises bestehe nicht, da schon die Existenz der der spätern Subhastation zu Grunde gelegenen Hypothek ihn nach Art. 1653 zur Retention des Kaufpreises ermächtigt habe, nunmehr aber in Folge der eingetretenen Subhastation jeder Anspruch der Verkäufer und ihres Cessionars erloschen sei; die Eviction sei durch die Adjudication selbst vollendet gewesen, weil damit das Eigenthum auf den Ansteigerer übergegangen sei; hieran werde durch die spätere Erklärung des Ansteigerers nichts geändert, da dieser als Cessionar des Kaufpreises aus dem Akte vom 22. October 1845 nicht in alle Rechte und Verbindlichkeiten der damaligen Verkäufer eingetreten sei, und bei der Subhastation selbst eine die Absicht, für sich anzusteigern, ausschließende Erklärung nicht abgegeben habe.

Für die Appellaten wurde dagegen ausgeführt, der Appellant habe keine Störung im Besitze der von ihm 1845 angekauften Immobilien erlitten, und habe auch eine solche für die Zukunft nicht zu befürchten, da Coblenz in die Rechte des subhastirenden Gläubigers eingetreten sei und bei der Subhastation das fragliche Haus nur deshalb angesteigert habe, um den Latz vor jeder Störung zu sichern; endlich machten die im Prozesse selbst abgegebenen Erklärungen eine Störung und Eviction unmöglich, somit falle also jeder Grund, die Zahlung des Kaufpreises zu weigern, weg.

In Uebereinstimmung mit dem Antrage des öffentlichen Ministeriums erließ der App.-Ger.-Hof folgendes reformatorische

Urtheil:

J. E., daß nach den Bestimmungen des B. G. B. und insbesondere den Art. 1604 und 1626 der Ankäufer sich im Falle der erlittenen Entwährung befindet, sobald ihm die rechtliche Möglichkeit der freien Disposition über das Kaufobjekt benommen ist, und hierbei keineswegs die Entziehung der faktischen Detention vorausgesetzt wird;

Daß im vorliegenden Falle der Appellant Latz bei der Versteigerung vom 30. September 1845 von Johann Simon gekauft hatte, bei welchem Akte der Appellat Coblenz nur als Cessionar des Kaufpreises concurrirte; daß sodann Latz

als Drittbesitzer durch das Seitens eines Hypothekargläubigers eingeleitete Subhastationsverfahren, und die in diesem Verfahren erfolgte Licitation seines ursprünglichen Kaufobjectes in seiner Dispositionsbefugniß über das Object des Kaufes resp. der Subhastation gestört wurde, und schon hierdurch ein Recht auf Gewährleistung Seitens seines Verkäufers erhielt, ohne daß es auf die Zustellung des Licitationsprotokolles und die wirkliche Räumung des Kaufobjectes ankam;

Daß, wenn nun im Licitationstermine der Cessionar Coblenz das Kaufobject an sich steigerte, hierdurch das Recht des Latz gegen seinen Verkäufer Simon nicht ohne weiteres aufgehoben wurde, da Coblenz überhaupt eine Garantiepflicht nicht übernommen hatte und Latz von demselben keine Gewährleistung fordern, vielmehr nur der eingetretenen Eviction halber die Zahlung des cedirten Kaufpreises verweigern konnte; daß daher Coblenz, wenn er diese letztere Folge beseitigen wollte, hierzu nur im Wege der neuen Vereinbarung mit Latz gelangen konnte, eine solche aber gar nicht behauptet wird;

Daß somit Latz wegen der erlittenen Entwährung nicht zur Zahlung des Kaufpreises gehalten ist, und der Seitens des Bürgen Koch unter Bezugnahme des Art. 2032 des B. G. B. angelegte Arrest des rechtlichen Grundes entbehrt, sowie die Intervention des Coblenz unbegründet ist, übrigens aber Seitens des Latz ein Schaden nicht näher artikulirt worden ist;

Aus diesen Gründen

nimmt der Kgl. A. G. H. die gegen das Urtheil des Kgl. Landgerichtes zu Trier vom 28. Mai 1852 Seitens Latz eingelegte Hauptberufung an, hebt den Seitens des Appellaten Johann Koch unterm 17. April 1852 gegen Johann Latz bei Michael Seymetz, Johann Nickels und Nikolaus Kuhn angelegten Arrest auf, u. s. w.

II. Civilsenat. Sitzung vom 5. März 1853.
Advokaten: Lautz — Widenmann.

Notar. — Vertretung eines Nicht-Anwesenden. — Partei. — Refereverfahren.

Der nach Art. 931 der B. P. O. zur Wahrnehmung der Interessen entfernter Miterben committirte

Notar kann in dem durch Schwierigkeiten bei der Entsiegelung veranlaßten Refereverfahren sowohl vor den Landgerichtspräsidenten, als in die Berufungsinstanz vorgeladen werden. Auf ihn, als einen curator non praesentis findet der Satz: «on ne plaide pas par procureur» keine Anwendung.

Lüttgers — Gogarten u. Deihmen.

J. E., auf die von dem Mitappellaten Dahmen der Berufung entgegengesetzte Einrede der mangelnden Passiv-Legitimation, daß Dahmen, als zur Wahrnehmung der Rechte der Abwesenden Julius und Wilhelmine Gogarten in Gemäßheit des Art. 931 der B. P. O. durch den Landgerichtspräsidenten ernannter Notar, sich der Anwesenheit der Erben des Abraham Lüttgers bei der Siegelabnahme in Gemeinschaft mit den Erben der Ehefrau Lüttgers widersetzt und bei der Refere-Verhandlung hierauf bezügliche Anträge genommen hat; daß er hierzu, in seiner Eigenschaft als Vertreter der Abwesenden, unzweifelhaft befugt war, aus dieser Befugniß aber auch mit Nothwendigkeit folgt, daß die Berufung gegen den Referc-Bescheid auch gegen ihn mitgerichtet werden mußte und daß der von ihm angerufene Grundsatz: «on ne plaide pas par procureur» hier ganz außer Anwendung bleibt, da der in Gemäßheit des Art. 931 l. c. ernannte Notar für den Zweck, zu welchem er bestellt worden, nicht als ein bloßer Bevollmächtigter, sondern als die Partei selbst repräsentirend erscheint.

III. Senat. Sitzung vom 9. März 1853.

Advokaten: v. Hontheim — Seligmann, Nacken.

Pfarrer. — Zusatzgehalt Seitens der Gemeinde. — Competenz der Gerichte. — Municipalrath. — Beschluß desselben. — Richtigkeit. — Verjährung.

Die Frage, ob eine Gemeinde zur Zahlung des ihrem Pfarrer angeblich bewilligten Zusatzgehaltes verpflichtet ist, gehört zur Competenz der Gerichte.

Der Municipalrath einer Sammtgemeinde bildete zugleich die Vertretung der dazu gehörigen Einzelngemeinden, sofern für letztere keine besonderen Municipalräthe eingeführt waren. Gesetz vom 28. Pluviose VIII. Arrêté vom 11. Messidor X.

Der Beschluß eines Municipalraths, wobei weniger als $^2/_3$ seiner Mitglieder concurriren, ist zwar nichtig, keineswegs aber als rechtlich nicht existirend anzusehen. Arrêté v. 25. Vendemiaire IX. Art. 90 der Constitution von VIII.

Demzufolge ist ein Vertrag, dem ein solcher Beschluß als Grundlage dient, nur mit der Nichtigkeit des Art. 1304 des B. G. B. behaftet.

Gemeinde Weierweiler — Zens.

Der Municipalrath der aus 7 Gemeinden bestehenden Bürgermeisterei Weierweiler hatte am 20. Januar 1834 beschlossen, dem Pfarrer Zens in Weiskirchen für die Zeit seiner Amtsdauer eine Gehaltszulage zu geben, die von der Einzelngemeinde Weierweiler nebst zwei andern Gemeinden, welche zusammen die Pfarrei Weiskirchen bildeten, getragen werden sollte. Seitdem ist dem Pfarrer die Zulage bis zum Jahre 1847 gezahlt worden, um welche Zeit Differenzen entstanden, in Folge deren die Gemeinde Weierweiler die fernere Leistung verweigerte. Durch eine administrative Verfügung wurde inzwischen der Pfarrer im Besitze seines Zusatzgehaltes provisorisch geschützt, worauf die Gemeinde Weierweiler bei dem Landgerichte in Trier eine Klage erhob, deren petitum dahin gerichtet ist:

zu erkennen, daß der Pfarrer Zens nicht befugt sei, von ihr irgend eine Gehaltszulage in Anspruch zu nehmen.

Zur Begründung der Klage wurde angeführt:

1) Der Beschluß vom 20. Januar 1834 sei für die Gemeinde Weierweiler unverbindlich, da der Bürgermeistereirath sie als Einzelngemeinde in ihren Sonderinteressen, wozu die Bewilligung des Zusatzgehaltes gehöre, nicht habe vertreten können;

2) Der Beschluß sei um deßwillen als rechtlich nicht vorhanden anzusehen, weil die nothwendige Zahl von $^2/_3$ der Mitglieder dabei nicht concurrirt habe.

Durch Urtheil vom 7. Januar 1839 verwarf das Landgericht die der Klage entgegengesetzten Einreden der Incompetenz und Unzulässigkeit, und wies die Klage selbst als ungegründet ab.

Der A. G. H. erließ auf die Hauptberufung der Gemeinde und die Incidentberufung des Zens, mit dem Antrage der Staatsbehörde übereinstimmend, folgendes bestätigende Erkenntniß:

Auf die Incidentberufung:

J. E., daß soviel hier zunächst die Einrede der Incompetenz betrifft, die Gemeinden durch kein Gesetz verpflichtet sind, dem Pfarrer eine Gehaltszulage zu seinem Staatsgehalte zu geben. Arg. Art. 66 u. 67 der Org.-Artikel vom 26. Messidor Jahres IX. Art. 92 u. 93 des Gesetzes vom 20. Dezember 1809 und Arrêté vom 18. Germinal Jahres XI;

Daß eine solche Verpflichtung daher nur durch freiwillige Uebernahme, und im Wege des Vertrages begründet werden kann, wozu der bezogene Art. 67 den organischen Artikel und das Arrêté vom 18. Germinal XI. die Gemeinden im Allgemeinen ermächtigt, das letztgedachte Arrêté auch die Form näher bestimmt hat;

Daß hieraus von selbst folgt, daß der Streit über die Gültigkeit oder Ungültigkeit eines solchen Vertrages rein privatrechtlicher Natur ist, und deßhalb auch die Entscheidung darüber nur den Gerichten gebührt;

Daß mit der Subsumtion des vorliegenden Falles unter diese Grundsätze die vorgeschützte Einrede der Incompetenz von selbst zerfällt;

J. E. daß, anlangend die Einrede, welche auf die angebliche provokatorische Natur der Klage gestützt wird, diese Einrede vom ersten Richter aus zureichenden Gründen beseitigt wurde, und diesen Gründen hier nur beigepflichtet werden kann;

Daß demnach die Incidentberufung sich überall als unbegründet darstellt;

Auf die Hauptberufung:

J. E., daß die Hauptappellantin die Rechtsverbindlichkeit und Gültigkeit des Schöffenrathsbeschlusses vom 20. Januar 1834, worauf ihre Verpflichtung zur Zahlung der Pfarrgehaltszulage gegründet wird, bestreitet, und zwar

1) die Rechtsverbindlichkeit, weil der Municipalrath der

Gemeinde Weierweiler, als das ausschließlich dazu berechtigte Organ, dabei nicht mitgewirkt habe;

2) die Gültigkeit, weil bei Abfassung desselben nicht die gesetzliche Anzahl von Mitgliedern zugezogen gewesen sei.

J. E. zu 1, daß obgleich die Municipalverfassung des Jahres VIII. in den Rheinischen Departementen verkündigt worden, doch schon das Arrêté vom 11. Messidor Jahres X. die Vereinigung von mehreren einzelnen Gemeinden zu einer Mairie ausdrücklich bestätigt hat, so daß nach dieser Organisation die einzelnen zu einer Mairie vereinigten Gemeinden nur durch Einen gemeinschaftlichen Schöffenrath vertreten wurden, und in dem gemeinschaftlichen Maire ihren Verwalter hatten;

J. E. daß hierbei selbstredend der Schöffenrath der Sammtgemeinde zugleich den Municipalrath für jede einzelne Gemeinde bildete, und auf denselben alle Attributionen übergegangen sind, welche gesetzlich dem Municipalrath der Einzelngemeinde zukommen;

J. E., daß nach der eigenen Aufstellung der Hauptappellantin, die Gemeinde Weierweiler zur Zeit des Vertrages vom 20. Januar 1834 durch die Anordnung der höhern Verwaltungsbehörde, noch mit 7 andern Gemeinden zu der Bürgermeisterei Weierweiler vereinigt war, und für die sämmtlichen zu dieser Bürgermeisterei vereinigten Gemeinden nur ein gemeinschaftlicher Municipalrath bestanden hat, somit eine Organisation vorhanden war, wie sie durch das Arrêté vom Messidor Jahres X. begründet worden ist;

J. E., daß, wenn aber nach dieser Organisation jede einzelne Gemeinde durch den Municipalrath der Mairie, der Bürgermeisterei, vertreten wurde, dann, wenn der Municipalrath der Bürgermeisterei bei dem fraglichen Beschlusse vom 20. Januar 1834 mitgewirkt hätte, dieser Beschluß auch von dem die Gemeinde Weierweiler verpflichtenden Organe ausgegangen sein würde, und daher auch der vorliegende Einwand als unbegründet erscheinen müßte;

J. E., daß die Frage, ob der Gemeinderath der Bürgermeisterei Weierweiler bei dem fraglichen Beschluß thatsächlich mitgewirkt hat, mit dem zweiten Einwand zusammen hängt;

J. E., daß nun in dieser Beziehung zwar nach Lage der Sache nicht bezweifelt werden kann, daß der Municipal=

rath der Bürgermeisterei Weierweiler zur Zeit der Abfassung des mehr bezogenen Beschlusses vom 20. Januar 1834 mindestens aus 20 Mitgliedern bestanden hat, weil nach dem Pluviose-Gesetze vom Jahr VIII. eine solche Anzahl für eine Gemeinde von 5000 Einwohnern erforderlich war, für das Dasein einer solchen Einwohnerzahl schon die Vereinigung von 8 Gemeinden zu einer Sammtgemeinde, aber auch zugleich und hauptsächlich der Bericht des Bürgermeisters von Weierweiler vom 11. Mai 1851 (fol. 11), sowie der Umstand spricht, daß diese Thatsache überall von den höhern Administrativbehörden als feststehend betrachtet worden ist;

Daß ein gegründeter Zweifel auch darüber nicht obwalten kann, daß zur Abfassung eines gültigen Gemeinderathsbeschlusses $^2/_3$ der gesetzlichen Zahl der Mitglieder vorhanden sein müsse, da das Arrêté vom 25. Vendemiaire Jahres IX im Anschluß an den Art. 90 der Constitution des Jahres VIII., wornach jede constituirte Corporation nur in Anwesenheit von $^2/_3$ ihrer Mitglieder in Berathung treten durfte, ausdrücklich die Anwesenheit dieser zu der Berathung nothwendigen $^2/_3$ erfordert;

Daß es einem ernstlichen Bedenken ebenwenig unterliegt, daß nach dem Protokoll vom 20. Januar 1834 anzunehmen sei, daß mit dem Bürgermeister nur 12 Mitglieder des Municipalrathes bei dem Beschluß von diesem Tage zugegen gewesen sind, weil da, wo der Ordnungsmäßigkeit und dem Gesetz vom 11—26. Februar 1790 zuwider, die Namen der einzelnen deliberirenden Mitglieder nicht angegeben sind, die Anzahl der Theilnehmer lediglich nach den Unterschriften resp. der constatirten Weigerung zur Unterschrift bemessen werden kann, in facto aber außer dem Bürgermeister nur 11 Municipalräthe unterzeichnet haben;

J. E., daß hiernach also die Entscheidung der Sache davon abhängt, ob dadurch, daß bei dem fraglichen Beschluß $^2/_3$ der Municipalrathsmitglieder nicht zugegen gewesen sind, eine radikale Nullität begründet worden sei, oder nicht;

Daß der fragliche Beschluß nun zwar unzweifelhaft an einer Nichtigkeit leidet;

Daß aber diese Nichtigkeit als eine radikale in dem Sinne nicht betrachtet werden kann, daß dem Geschäfte jedes rechtliche Dasein abgesprochen werden müßte;

Daß der Gegenstand des Beschlusses nämlich zu den Attributionen des Municipalrathes gehörte;

Daß der Bürgermeister und die anwesenden Municipalräthe dabei als Vertreter der Gemeinde und für dieselbe gehandelt haben, und ihnen auch diese Repräsentationsbefugniß im Allgemeinen beigewohnt hat;

Daß der Beschluß sodann formell als Municipalrathsbeschluß abgefaßt ist;

Daß derselbe daher auch als ein Municipalrathsbeschluß äußerlich betrachtet werden muß, und die Richtigkeit desselben nur durch die Nullitätsklage, welche der Art. 1304 des B. G. B. an Hand gibt, hätte geltend gemacht werden können;

Daß dies gleichwohl innerhalb der gesetzlichen Frist von 10 Jahren vom Tage des Beschlusses, nicht geschehen ist, und daher der vorige Richter mit Recht die vorgeschützte Präscriptionseinrede für begründet erachtet hat;

Daß demnach auch die Hauptberufung der Begründung entbehrt.

Aus diesen Gründen

verwirft der Rh. A. G. H. die gegen das Urtheil des Kgl. Landgerichts zu Trier vom 7. Januar 1852 eingelegte Haupt- und Incidentberufung unter Verurtheilung des Hauptappellanten zu der gesetzlichen Strafe und Kosten.

III. Senat. Sitzung vom 9. März 1853.

Advokaten: Lautz — Compes.

Privilegium. — Kauf. — Handelsgeschäft. — Falliment.

Das Privilegium des Kaufpreises unbezahlter Mobilien besteht auch für Handelsgeschäfte (Art. 2102 Nro. 4), so lange der Käufer nicht förmlich fallit erklärt ist. (Art. 576 H. G. B.). — Auch wenn der Verkäufer selbst die Waare zwangsweise hat versteigern lassen, kann er das Privilegium auf den Erlös ausüben.

Fuss-Johnen — Aachen-Maestrichter Eisenbahngesellschaft u. Cons.

Der Kaufmann Fuss-Johnen ließ auf Grund eines handelsgerichtlichen Urtheils für eine Forderung von 506 Thlr.

gegen die Bauunternehmer Rosen und Esser eine Quantität Ziegelsteine auf dem Exekutions-Wege versteigern, leitete, da mehrere Gläubiger konkurrirten, das Distributions-Verfahren über den erzielten Preis ein, und verlangte auf letzteren privilegialiter locirt zu werden, weil er dieselben Ziegelsteine an Rosen und Esser verkauft habe und hievon noch die angemeldete Forderung herrühre.

Das Kgl. Landgericht zu Aachen ließ durch Urtheil vom 27. Dezember 1851 diese Forderung nur in gleichem Range mit den übrigen Kreditoren zu, indem es erwog:

Daß nach den zur Zeit der Publikation des Art. 2102 des B. G. B. geltenden Gebräuchen, auf welche der genannte Art. (Nro. 4.) verweiset, wie die Diskussionen zu dem Art. 576 des H. G. B. ergeben, und auch die Doktrin sowohl, als die Praxis als feststehend annehmen, gegen den Falliten außer einem beschränkten Revindikationsrechte, welches durch das Handelsgesetzbuch noch mehr eingeschränkt worden ist, ein Vorzugsrecht des unbezahlten Verkäufers nicht existirt hat und ebenwenig durch das letztgenannte Gesetz eingeführt worden; daß, wenn auch dabei die quästionirten Diskussionen sowohl, wie das Handelsgesetzbuch überall nur den cas de faillite ausdrücklich voraussetzen, hierdurch noch keineswegs der cas de non faillite, sobald nur von einem Handelsgeschäfte die Rede ist, als ausgeschlossen zu betrachten ist, indem hiervon sich keine Spur vorfindet, auch bei der vollkommenen Gleichheit der Gründe das Gesetz den Fallitzustand als den bei eintretender Zahlungs-Unfähigkeit eines Handelsmannes regelmäßig vorkommenden Fall vorzugsweise im Auge haben mußte, und zudem die Rechtslehrer ziemlich einverstanden sind, daß die ebenerwähnten Vorschriften für die Revindikation auch schon dann eintreten, wenn auch das Falliment noch nicht ausdrücklich erklärt sei, sobald nur über den Ausbruch desselben kein Zweifel bestehe;

Daß auch in der That die Zulässigkeit der Ausübung des genannten Privilegiums neben der Revindikation oder nur, nachdem diese nicht mehr Statt hat, die durch das Gesetz vorsichtig der letzteren im Interesse des allgemeinen Handels-Credits auferlegten Beschränkungen überall illusorisch machen würde, was im Willen der Gesetzgeber nicht liegen kann *);

---

*) Troplong. Privil. Nr. 200 versagt ebenfalls das Privilegium

Auf die Berufung von Fuss-Jöhnen erließ der A. G. H. folgende reformatorische Entscheidung:

J. E. daß das dem Verkäufer nach Art. 576 des H. G. B. zustehende Recht, die von ihm verkauften, aber nicht bezahlten Waaren zu vindiziren, den Fall eines gegen den Käufer bestehenden Falliments ausdrücklich voraussetzt, dieses Erforderniß aber nicht vorliegt, da gegen Rosen und Esser eine Fallitetklärung nicht ergangen ist; daß es sich daher auch nicht von der Frage handelt, ob das besagte Privilegium neben diesem Vindikationsrecht gesetzlich bestehe;

Daß durch die zusätzliche Bestimmung des Art. 2102 Nro 4. des B. G. B., nach welcher durch die Bestimmungen desselben in den Handelsgesetzen und Gebräuchen rücksichtlich der Vindikation nichts geändert sei, jenes Privilegium in den Handelsgesetzen nur insofern für ausgeschlossen zu achten ist, als in den Handels-Gesetzen dem Verkäufer ein, wenn auch modificirtes Vindikationsrecht verliehen ist und daher, da von dem letztern in dem gegenwärtigen H. G. B. lediglich in der Fallimentsmaterie gehandelt wird, jene auf die Handelsgesetzgebung verweisende Bestimmung des Art. 2102 Nro. 4 des B. G. B. für den vorliegenden Fall keine Bedeutung hat;

Daß, wenn das besagte Privilegium im Fallimente ausgeschlossen worden, dies in der nothwendigen Einheit der Fallimentsmasse und in der vorgeschriebenen Gleichmäßigkeit der Behandlung der gegen diese Masse auftretenden Gläubiger seinen natürlichen Grund hat, welcher da nicht eintritt, wo ein einzelnes, bewegliches Vermögensstück eines sich nicht im Fallimentszustande befindenden Handelsmannes im Exekutionswege verkauft worden ist, und der Erlös von mehreren Gläubigern in Anspruch genommen, wegen Unzulänglichkeit desselben zur Befriedigung aller aufgetretenen Kreditoren aber zur Einleitung des in der B. P. O. vorgeschriebenen Distributionsverfahrens geschritten wird;

Daß es in einem solchen hier vorliegenden Falle nicht darauf ankommen kann, ob die Forderung des Verkäufers aus einem rücksichtlich des Käufers und Schuldners oder rücksichtlich beider Contrahenten gethätigten Handelsgeschäfte originiren, da in dieser Hinsicht die Existenz des Privilegiums

---

des Art. 2102. Nr. 4 bei Handelsgeschäften, indem er nur das Vindikationsrecht des Art. 576 des H. G. B. zugesteht.

von der Natur des Kaufgeschäftes nirgends im Gesetze abhängig gemacht ist;

Daß im Uebrigen die Bedingung, unter der dasselbe im Art. 2102 des B. G. B. stattfindet, im vorliegenden Falle eingetreten ist, und sonach der Hauptantrag des Appellanten sich als gerechtfertigt darstellt.

II. Senat. Sitzung vom 5. März 1853.

Advokaten: Kyll — Esser u. Forst.

Falliment. — Verkauf von Immobilien. — Ermächtigung zum Verkauf unter der Taxe.

Einer besonderen Ermächtigung des Richtercommissars bedarf es nicht, wenn im Fallimentsverfahren Immobilien, weil sie bei der ersten Versteigerung den Schätzungspreis nicht erreichten, demnächst unter dem Taxwerthe verkauft werden sollen. Art. 564 H. G. B.

Falliment von H. J. Ditges.

(Rathskammer-Sache.)

Auf den Antrag des definitiven Syndiks, welcher dahin gerichtet war, zu verordnen, daß ein zur gedachten Fallitmasse gehöriges Haus, wofür bei der ersten Versteigerung der Schätzungspreis nicht geboten worden, nunmehr unter der Taxe verkauft werde, erkannte die Rathskammer des Kgl. Landgerichts zu Köln am 27. Januar 1853, daß der Syndik vorab die Ermächtigung des Falliments-Commissars zum Verkaufe unter der Taxe beizubringen habe, und zwar aus folgenden Gründen:

J. E. daß nach Art. 564 H. G. B. der Verkauf der Immobilien eines Falliten in den für die Veräußerung von Mündelgütern vorgeschriebenen Formen stattfinden soll, hierjedoch der Richtercommissar diejenigen Verrichtungen wahrzunehmen hat, welche bei Immobilien von Minderjährigen dem Familienrathe zustehen;

Daß jener Artikel zwar blos die Beobachtung der betreffenden Bestimmungen des Bürgerlichen Gesetzbuches vorschreibt, daß diese Verweisung jedoch als eine gleichzeitige Bezugnahme auf die einschläglichen Artikel der Bürgerl. Prozeßordnung

zu verstehen ist, indem letztere hinsichtlich der Form, in welcher der Verkauf stattfinden soll, nur eine Ergänzung des B. G. B. bildet;

Daß demgemäß nach Art. 964 B. P. O. eine Versteigerung unter der Taxe nur dann angeordnet werden kann, wenn hierzu nach einer ersten fruchtlos gebliebenen Versteigerung der Richtercommissar seine Ermächtigung gegeben;

Daß diese Ansicht nicht nur in den Motiven des Staatsraths-Gutachtens vom 4. und 9. December 1810 ihre Bestätigung findet, sondern auch die Jurisprudenz in überwiegendem Maaße sich dafür ausgesprochen hat (siehe Urtheil vom 13. October 1812, Sirey 13, 2, 44; Cass. v. 21. November 1827, Sirey 28, 1, 9; Broicher und Grimm Handelsgesetzbuch, pag. 188; Dalloz ainé Repert. tom. 25. Nro. 1161; les lois de la procédure par Carré-Chauveau 5. Nro. 2501; Thomine, Desmazures, commentaire de proc. civ. 1143, Berriat St. Prix cours de proc. civ. pag. 492;

Daß auch der Richtercommissar am ersten im Stande ist, zu beurtheilen, ob nach Lage der Sache etwa der Verkauf bis zu günstigern Zeiten auszusetzen, oder wie weit derselbe unter der Taxe zu gestatten sei;

Daß im vorliegenden Falle eine Autorisation des Richtercommissars zum Verkaufe unter der Taxe nicht vorliegt, u. s. w.

Auf die von dem Syndik gegen diese Entscheidung erhobene Berufung erkannte der II. Senat des Kgl. A. G. H. (der III. Senat hatte kurz vorher, cf. Archiv 46. 1. 200, eine gleiche Entscheidung desselben Landgerichts abgeändert) reformatorisch, wie folgt:

J. E., daß aus der Vorschrift des Art. 564 H. G. B., nach welcher der Verkauf der Immobilien eines Falliten unter Autorisation des Commissars in der für die Veräußerung der Güter der Minderjährigen im B. G. B. vorgeschriebenen Form geschehen soll, nicht folgt, daß es, wenn in der Versteigerung die Taxe nicht erreicht worden, einer anderweitigen Ermächtigung desselben Commissars zu dem Zuschlage unter dem Abschätzungswerthe bedürfe, wie hierzu bei dem Verkaufe der Güter der Minderjährigen die Einholung eines ferneren Gutachtens des Familienrathes nach Art. 964 B. P. O. erfordert wird, da dem Fallimentscommissar eine von der des Familienrathes wesentlich verschiedene Stellung angewiesen ist, und die von dem Interesse der Gesammtheit der Gläubiger

des Falliments gebotene Nothwendigkeit, das Verfahren zum Austrag zu bringen, allemal die Nothwendigkeit einer Verwerthung der Vermögensstücke des Falliten erzeugt, während es bei dem Verkaufe der Mündelgüter von den jedesmaligen Umständen noch abhängig ist, ob der Verkauf unter dem Taxwerthe nachgegeben werden müsse;

Daß demzufolge der Mangel der Autorisation des Fallimentscommissars der Zulässigkeit der von dem Syndik beantragten anderweiten Versteigerung nicht entgegensteht, u. s. w.

II. Senat. Sitzung vom 10. März 1853.

Advokat: Bagedes.

Festungs-Commandantur. — Persona standi in judicio.

Die Festungs-Commandanturen bilden für denjenigen Theil der Militairverwaltung, welcher die Verwahrung der zur Vertheidigung der Festungen bestimmten Waffen obliegt, juristische Personen und sind daher zur Anstellung der darauf bezüglichen Klagen berechtigt.

Gemeinde Mülheim — Festungs-Commandantur zu Köln.

Die „durch das Königl. General-Commando des 8. Armee-Corps zur Klage ermächtigte Königl. Commandantur der Stadt Köln, in der Person des ersten Commandanten, General-Majors p. p. Engels zu Köln" belangte die Gemeinde Mülheim am Rhein, in der Person ihres Bürgermeisters auf Rückgabe mehrerer Gewehre und sonstiger Bewaffnungsgegenstände, welche die gedachte Gemeinde auf ihr Ansuchen im Jahre 1848 aus dem Artilleriedepot zu Köln zur Bewaffnung der Mülheimer Bürgerwehr durch den General-Major p. p. Engels erhalten hatte, event. auf Zahlung des Werthes der fehlenden. Das Königl. Landgericht zu Köln verurtheilte durch Urtheil vom 7. Januar 1852 die Gemeinde Mülheim dem Klage-Antrage gemäß. Bei der Seitens der letztern gegen dieses Urtheil eingelegten Berufung suchte deren Anwalt im wesentlichen geltend zu machen, daß die Festungs-Commandantur als solche zur Anstellung einer dergleichen Klage nicht legitimirt sei, da der Militär-Fiskus in Vermögens-Angelegenheiten des Staates den bestehenden Vorschriften gemäß nur durch

die Militär-Intendanturen vertreten werden könne. (Minist.-Resc. vom 12. Januar 1827 bei Lottner III. 91; vom 4. Juli 1828 ebendas. 241; Instrukt. für die Regierungen vom 23. Oktober 1817, §§. 2, 8, 14; Cab.-Ordre vom 1. November 1820 und 3. Juli 1822. — Perrot II. S. 378.)

Der Appellations-Gerichts-Hof verwarf indeß die eingelegte Berufung nach dem Antrage des öffentlichen Ministeriums durch fogendes

Urtheil:

J. E., daß der erste Richter über die Fähigkeit der Klägerin, jetzt Appellatin, zur gerichtlichen Verfolgung ihrer Rechte nicht erkannt hat, weil sie nicht bestritten war, die Appellantin aber in dieser Instanz die Abweisung der Klage zuerst darum verlangt, weil die Appellatin keine Qualifikation zur Klage habe;

Daß die Vorschrift des §. 101 des Anhanges zur Gerichts-Ordnung das Klagerecht der Militair-Institute voraussetzt, die Commandanturen der Festungen die zu deren Vertheidigung bestimmten Waffen als Verwahrer unter ihrer Verantwortlichkeit in Besitz haben und für diesen Theil der Militair-Verwaltung juristische Persönlichkeiten bilden und zur gerichtlichen Verfolgung der Rechte fähig sind, welche sie in dieser Eigenschaft erworben haben;

Daß die erhobene Klage, welche die Erfüllung eines über solche Waffen abgeschlossenen Leihvertrages auf Seiten des Anleihers bezweckt, keinen Gegenstand betrifft, welcher zum Kreise der den Intendanturen übertragenen Militair-Verwaltung gehört, die Legitimation der Appellatin daher nicht zu bezweifeln ist;

Daß, was die Forderung betrifft, u. s. w.

Aus diesen Gründen

verwirft der Rh. A. G. H. die gegen das Urtheil des Königl. Landgerichts in Köln vom 7. Januar 1852 eingelegte Berufung mit Strafe und Kosten.

I. Senat. Sitzung vom 14. März 1853.

Advokaten: Herbertz — Esser.

Appellabeler Gegenstand. — Naturalrente.

Die Forderung einer Naturalrente bildet an und für sich nicht einen unbestimmten, und daher

berufbaren Gegenstand. — Zur Beurtheilung, ob ein berufbarer Gegenstand vorliege, sind die Marktpreise zu berücksichtigen.

Racken — Stürtz.

J. E., daß der Werth des geforderten in Natural-Lieferungen bestehenden Erbpachtpreises, auch wenn man den höchsten Marktpreis zum Grunde legt, weit unter dem Betrage bleibt, der nach dem Gesetz vom 16. August 1790 erfordert wird, um eine zweite Instanz zulässig zu machen, selbst mit Einrechnung der Nebenforderungen der Klage.

Aus diesen Gründen

verwirft der Rh. A. G. H. die gegen das Urtheil des Königl. Landgerichts in Aachen vom 13. Februar 1852 eingelegte Berufung als unannehmbar und verurtheilt den Appellanten in Strafe und Kosten.

I. Senat. Sitzung vom 14. März 1853.

Advokaten: Esser I. — Rübsahmen.

Forstpolizei — Weiderecht in Waldungen. — Entschädigung wegen geschmälerter Benutzung.

Die Forstpolizeigesetze, insbesondere die Ordonnanz von 1669, gehören der öffentlichen Ordnung an und heben daher jede frühere, durch Besitz, Gewohnheit oder Titel regulirte und ihnen entgegenstehende Art der Ausübung von Waldbienstbarkeiten auf. —

Werden jedoch durch dieselben wohlerworbene Rechte der Privaten geschmälert oder illusorisch gemacht, so haben diese wenigstens insofern ein Recht auf Schadensersatz, als nicht das Interesse des Allgemeinen die Aufopferung der Rechte und Vortheile des Einzelnen gebietet.

Dagegen kann von den Servitutberechtigten eine Umwandelung und Versetzung in den vorigen Zustand nicht gefordert werden.

Ordonnanz v. 1669. — Ges. v. 11. Mai 1842.

Gemeinde St. Mathias — Königl. Regierung zu Trier.

Urtheil:

J. E., daß unter den Parteien über die Existenz der Gerechtsamen kein Streit obwaltet, derselbe vielmehr lediglich die Art ihrer Ausübung und insbesondere die Frage zum Gegegenstande hat, ob das Weiderecht, in soweit es durch den Vergleich vom 25. November 1743 auch bezüglich seiner Ausübung regulirt ist, in dieser Weise fortwährend ausgeübt, oder aber den durch die Ordonnanz von 1669 eingeführten forstpolizeilichen Anordnungen unterworfen werden müsse;

J. E.', daß die durch Beschluß vom 10. Brumaire VII. publicirte Ordonnanz, indem sie für alle Staatswaldungen ein gleichmäßig zu beobachtendes Bewirthschaftungssystem vorschreibt, die Erhaltung der Waldungen im Interesse des Allgemeinen Wohls zum Zwecke hat und somit dieses Gesetz der öffentlichen Ordnung angehört; daß sich dieses namentlich dadurch documentirt, daß das Vieh der Berechtigten nicht anders, als in die durch die Forstbehörden für weidbar erklärten Schläge eingeführt werden darf und die Zuwiderhandlung mit polizeilichen Strafen bedroht ist (Art. 1. und 3. Tit. 19. der Ordonnanz);

Daß diese Bestimmungen, da sie jeden andern Modus der Ausübung ausschließen, in sich und ohne daß es dieserhalb einer besonderen Erklärung bedurft hätte, jede frühere, sei es durch Besitz, Gewohnheit oder Titel regulirte und ihnen entgegenstehende Art der Ausübung aufheben und zwar umsomehr, als die Ordonnanz, ihrem klaren Wortsinne nach, nicht blos für solche Gerechtsamen, welche erst in der Zukunft ihre Entstehung finden sollten, sondern namentlich bezüglich derjenigen erlassen ist, welche bereits vom Staate anerkannt waren und zwar ohne Unterscheidung zwischen den Rechtstiteln, auf welchen sie beruhen mochten; daß in diesem Sinne sich auch die Arrêtés vom 5. Vendemiaire VI. und vom 9. Prairial X. sowohl in Ansehung des Motivs jener Bestimmungen, als auch in Ansehung ihrer Anwendbarkeit auf die bereits anerkannten und verbrieften Berechtigungen aussprechen, das Dekret vom 17. Nivose XIII. sogar einen Präfekturrathsbeschluß, welcher einen der Ordonnanz entgegenstehenden Titel handhabt, wieder aufhebt und weiterhin das Staatsraths=

Gutachten vom 18. Frimaire XIV. sowie das Gesetz vom 29. September 1791 damit in Einklang stehen;

Daß sonach, wenn der Vergleich vom 25. November 1748 außer dem Rechte zum Weidgange auch noch die Art der Ausübung in einer der Ordonnanz widersprechenden Weise vertragsmäßig fortsetzt, er insoweit von dieser getroffen wird und aufgehoben ist, wobei es gleichgültig erscheint, daß in dem ihn bestätigenden Arrêté des Präfekten vom 30. Prairial X. der gesetzlichen Beschränkung nicht ausdrücklich Erwähnung geschieht, da die Ausübung der Gerechtsame sich selbstredend nach dem herrschenden Gesetze zu richten hatte, überdies in dem ihm vorhergehenden Berichte vom 13. Messidor VII. auch deren gedacht wird, weil die Ausübung derselben nur in den für defensabel erklärten Distrikten in Vorschlag gebracht ist;

J. E. daß die Beschwerde der Appellanten, insoweit sie auf die Nichtanwendbarkeit der Ordonnanz von 1669 gestützt und auf Ausschließung jeder durch die Anordnungen der Forstbehörden eintretenden Beschränkung in der Ausübung des Weidganges gerichtet ist, somit ihrer rechtlichen Begründung ermangelt und nicht weiter zu untersuchen ist, ob die Gemeinden, indem sie sich diesen Anordnungen während einer zur Verjährung hinreichenden Zeit unterworfen, durch Non-usus ihr Klagerecht verloren haben;

J. E., daß gleichwohl jene im Interesse der öffentlichen Ordnung erlassenen Vorschriften nicht den Sinn haben können, daß durch die forstpolizeilichen Anordnungen die wohlerworbenen Rechte der Privaten ohne Entschädigung ganz oder theilweise illusorisch gemacht werden dürfen, wenigstens insoweit nicht, als dieses nicht durch das vorwaltende Interesse für die Erhaltung der Waldungen geboten ist; daß vielmehr in dieser Beziehung die allgemeinen Grundsätze über die Verpflichtung zum Schadensersatze zur Anwendung gelangen müssen, wie solches denn auch das Gesetz vom 12. Mai 1842 anerkennt, indem es den Rechtsweg gegen polizeiliche Anordnungen gestattet, wenn die Verletzung eines zum Privateigenthum gehörenden Rechtes behauptet wird, und für den Eingriff in die Privatrechte Entschädigung gewährt, sofern das Interesse des Allgemeinen nicht die Aufopferung der Rechte und Vortheile der Einzelnen gebietet; daß hiernach, wenngleich in dem desfallsigen gerichtlichen Verfahren die

forstpolizeilichen Anordnungen in ihrem Fortbestehen unange-
fochten bleiben müssen, doch deren civilrechtliche Folgen zur
richterlichen Entscheidung gelangen und der Königl. Fiskus,
sowie er allein für dieselben den berechtigten Gemeinden als
Eigenthümer des belasteten Waldes einzustehen hat, sich auch
vor Gericht und in Vertretung der Forstadministration, welche
nur in seinem Interesse gehandelt, verantworten muß;

J. E., daß diesemnach der erste Richter mit Recht den
Antrag der Appellanten auf Umwandlung und Versetzung
in den vorigen Zustand der in den Distrikten Großwald und
Lobenbach angelegten Niederwaldungen und ausgestockten
Dienstländereien zurückgewiesen hat und die Frage, ob dieser-
halb eine Entschädigung gebühre, mit dem Entschädigungs-
anspruche, welcher wegen der durch die angeblichen Uebergriffe
des Fiskus entbehrten Nutzungen erhoben ist, zusammenfällt und

J. E. hierauf, daß die dem Anspruche entgegengesetzte
Einrede der Verjährung keine Beachtung verdient, da der-
selbe nicht auf eine einzelne vor das Jahr 1817 fallende und
den Schaden als Ganzes zur Folge habende Thatsache ge-
stützt wird, sondern seine Begründung in der seit dem Jahre
1818 und somit innerhalb der 30 Jahren vor Anstellung der
Klage fortgesetzten Beschränkung sucht, mithin eine Erlöschung
dieses Anspruchs überall nicht eingetreten ist;

J. E., daß dieser Anspruch jedoch seine Begründung nur
dann finden würde, wenn erwiesen werden könnte, daß der
Königl. Fiskus bei Einführung und Handhabung des neuen
Bewirthschaftungssystems, sei es, daß von ihm mehr Holz,
als forstmäßig nöthig war, gefällt und dadurch die Schließung
einer größeren Anzahl Morgen herbeigeführt, oder, daß die
Schließung, länger als nöthig, fortgesetzt worden ist, die
Grenzen des Interesses, welches ihm die Erhaltung des Waldes
gebot, überschritten und dadurch die anerkannten Gerecht-
samen der Gemeinden verletzt habe;

Daß hierbei vor Allem es auf den Zustand des Waldes
zu jener Zeit sowie auf den Umfang der Berechtigung der
Gemeinden ankommt, indem ohne diese beiden Elemente keine
Basis für die Beurtheilung der Nothwendigkeit der ange-
ordneten Maßregeln gewonnen wird;

Daß in erster Beziehung bereits zu dem Urtheile a quo
die Behauptung aufgestellt und zu erweisen erboten war, daß

das ganze belastete Terrain sich durchgängig als Hochwald in gutem Culturzustande befunden habe; daß in letzter Beziehung zwar die Berechtigung der Gemeinden in Absicht auf die Zahl des aufzutreibenden Viehes nicht festgestellt ist, auch bei dem Abgange des angerufenen Landmaßbuches und anderweitiger Documente die Beschränkung auf eine bestimmte Zahl nicht nachgewiesen werden kann; daß daher mit Rücksicht auf den Vergleich von 1743., welcher den Gemeinden ohne Einschränkung das Auftreiben ihrer Gemeindeheerde gestattet, für die Schadensklage der Besitzstand in dem Jahre 1818 zunächst maaßgebend sein kann und in dieser Beziehung gegenwärtig der Beweis erboten wird, daß die Gemeindeheerde durchschnittlich aus 150 bis 170 Stück bestanden habe;

Daß unter Zugrundelegung dieser beiden Betrachtungen sich die übrigen in dem Beweiserbieten enthaltenen Artikulationen, soweit sie die Anordnungen der Forstverwaltung betreffen, hinsichtlich ihrer Nothwendigkeit beurtheilen lassen und das Gutachten der Sachverständigen vorbereiten; daß dagegen der Beweis, daß die Appellanten im Jahre 1815 die Weide in dem ganzen Walde ausgeübt haben, schon deshalb nicht zugelassen werden kann, weil die Ansprüche des Fiskus zu dieser Zeit bereits durch die Ordonnanz von 1669 und die ihr gefolgten Verordnungen gesetzlich regulirt waren und der Besitz nur unter den dadurch bestimmten Beschränkungen hätte ausgeübt werden dürfen, daher das Gesetz vom 18. Dezember 1831 auf den vorliegenden Fall keine Anwendung erleidet;

J. E. zur Incidentberufung: daß in dem angegriffenen Urtheile die Gemeindeglieder als solche verpflichtet erklärt worden sind, alljährlichs nach Maßgabe des Vergleichs zwei junge Eichen zu pflanzen;

Daß kein begründeter Zweifel darüber aufkommen kann, daß diese Verpflichtung jedem Einzelnen für sich und nicht der Gesammtheit auferlegt ist, wie dieses denn auch der in Bezug genommene Titel besagt; daß es daher einer Rektifikation des Urtheils nicht bedarf;

Aus diesen Gründen

verwirft der Rh. A. G. H. die von dem Urtheile des Kgl. Landgerichts zu Trier vom 26. November 1851 eingelegte Haupt= und Incidentberufung, erstere jedoch nur insoweit, als angetragen ist:

1) die Appellanten für berechtigt zu erklären, die ihr zugestandene Weidegerechtsame ohne Beschränkung auszuüben und dem Fiskus jede fernere Beeinträchtigung, sei es durch Schließung irgend eines Theiles des ganzen belasteten Waldes oder, wie die Beeinträchtigungen immer Namen haben mögen, zu untersagen, und

2) den Fiskus zu verurtheilen, die im Distrikte Cobenbach zu Dienstländereien ausgestockten 36 Morgen und die daselbst in Niederwald umgewandelten 60 Morgen, sowie die im Großwalde ebenfalls in Niederwald umgewandelten 175 Morgen wieder in den vorigen Stand herzustellen;

läßt, bevor er über die Hauptberufung, insbesondere über den erhobenen Entschädigungsanspruch weiter erkennt, die Appellanten zu dem Beweise auch durch Zeugen darüber zu:

1) daß der mit der fraglichen Dienstbarkeit belastete, 1345 Morgen haltende, Matheiser Wald bei Uebernahme der Rheinprovinz durch die Königl. Preuß. Regierung ein durchgängig in gutem Culturzustande befindlicher Hochwald war;

2) daß die Gemeindeheerde der Appellantinnen bis zum Jahre 1818, durchschnittlich 150 bis 175 Stück Rindvieh ausmachend, auf den fraglichen belasteten Wald aufgetrieben und erhalten wurde;

3) daß der Königl. Fiskus in demselben Jahre 900 Morgen Wald abgetrieben, und seitdem geschlossen gehalten hat;

4) daß er ferner 175 Morgen des Großwaldes und 60 Morgen des Distrikts Cobenbach aus Hochwald in Niederwald umgewandelt und 36 Morgen in diesem Distrikte, die Hochwald waren, zu Dienstländereien ausgestockt hat;

5) daß seit 1818 den Gemeinden jährlichs nur Distrikte von 250 bis 350 Morgen zum Weidgange geöffnet wurden;

6) daß seit dieser Zeit in den geöffneten Distrikten kaum 10 Stück Rindvieh gehalten werden konnten, deshalb die Gemeindeheerde ganz eingegangen ist und der vorhandene Viehstand nur von den wohlhabendern Einwohnern auf Privatgrundstücken und in Ställen erhalten wird;

7) daß seit 1830 Fiskus den Langhalm in den fraglichen Distrikten verkauft hat.

Sodann durch ein unter Benutzung der Zeugenaussagen abzugebendes Gutachten dreier Sachverständigen darüber:

1) daß bei einer pfleglichen Bewirthschaftung des Waldes höchstens 300 Morgen jährlichs geschlossen werden durften;

2) daß nach Maaßgabe der oben sub Nro. 2. 5. u. 6 enthaltenen Artikulationen die geöffneten Distrikte für die Befriedigung der Bedürfnisse der Gemeinden nicht hinreichten;

3) welche Entschädigung den Gemeinden für die entzogenen Nutzungen per Jahr und Morgen gebührt;

Beauftragt mit der Vernehmung der Zeugen, sowie mit der Ernennung der Sachverständigen u. s. w.

I. Senat. Sitzung vom 14. März 1853.

Advokaten: Lautz — Forst.

Schadensersatz. — Zeitpunkt zur Bestimmung seiner Höhe.

Der Verkäufer, welcher die verkaufte Waare nicht liefert, muß als Schadensersatz den Unterschied zwischen dem Kaufpreise und dem höchsten Preise, welcher in der Periode von der Inverzugsetzung bis zur Klage auf Auflösung des Vertrags bestanden hat, bezahlen und kann nicht verlangen, daß der Preis am Tage der Inverzugsetzung oder am Tage der Klage als allein maßgebend betrachtet werde. Art. 1149 B. G. B.

Ebeling u. Comp. — von Els.

Die Handlung Ebeling u. Comp. zu Rotterdam klagte beim Handelsgerichte zu Düsseldorf wider die Handlung Peter von Els auf Zahlung der Summe von 2527 Thlr. für verkaufte und gelieferte Waaren. Außer den Einreden, welche die Verklagte der Hauptklage entgegenstellte, erhob dieselbe eine Gegenklage auf Zahlung verschiedener Posten, namentlich eines Schadensersatzes von 689 Thlr. 2 Sgr., weil Klägerin ihr durch ihren Agenten am 20. September 1849 100 Ballen Kaffee zum Preise von 25½ Cents verkauft, mehrfacher brieflicher Aufforderungen unerachtet nicht geliefert habe, inzwischen aber der Preis des Kaffee bis zu 37½ Cents gestiegen und ihr demnach ein Nachtheil bis zu jenem Umfange erwachsen sei. Die Klage war am 6. März 1850 erhoben worden, die Gegenklage wurde am 6. Mai 1850 gestellt und später noch mit einem ausdrücklichen Antrage auf Auflösung

des Vertrags vom 20. September 1849 verbunden. Die Hauptklägerin bestritt das Zustandekommen jenes Vertrags, sowie auch, daß eine briefliche Aufforderung einer vollständigen Inverzugsetzung gleich stehe. Durch Urtheil vom 18. Mai 1850 sprach das Handelsgericht den Satz aus, daß die Briefe der Verklagten, worin sie die Klägerin zur Lieferung des Kaffee's auffordere, hinreichten, um letztere in Verzug zu setzen, und liеs die erstere zum Zeugenbeweise über den Abschluß des Geschäftes zu. Nach Beendigung der Beweisverhandlungen und nachdem das Zustandekommen des Geschäftes durch einen schließlich von der Inhaberin der Handlung von Els geleisteten Erfüllungseid festgestellt worden war, handelte es sich noch um die Bestimmung des Schadens selbst. Die Handlung von Els verlangte zum Beweise durch Sachverständige darüber zugelassen zu werden, daß der Preis des Kaffee's am 6. März 1850 35½ — 37½ Cents gewesen sei. Die Handlung Ebeling u. Comp. bestritt dagegen, daß dieser Tag maßgebend sein könne, behauptete vielmehr, daß entweder der Tag der Aufforderung, zu liefern, und der Weigerung von ihrer Seite (Oktober 1849) oder der Tag der Gegenklage (6. Mai 1850), wenn nicht gar der des noch spätern Antrages auf Auflösung des Geschäftes als Zeitpunkt für die Bestimmung des Schadens genommen werden müsse und es der Gegenklägerin nicht freistehen könne, irgend einen beliebigen, zwischen beiden liegenden Tag, an welchem der Preis vielleicht am allerhöchsten gestanden habe, herauszugreifen. Das Handelsgericht erkannte jedoch durch Urtheil vom 3. April 1852 im Sinne der von der Handlung von Els gestellten Anträge durch folgendes

Urtheil:

J. E., daß die Inhaberin des verklagtischen Handlungshauses, Wittwe von Els den ihr durch Urtheil hiesiger Stelle vom 1. Februar 1851, welches Urtheil durch Erkenntniß des Rh. A. G. H. zu Köln vom 18. Februar c. bestätigt worden ist, auferlegten Erfüllungseid, in der Sitzung vom 19. März c. dahin ausgeschworen hat: daß sie nicht anders wisse, als daß die fraglichen 100 Ballen Java-Kaffee am 20. oder 21. September 1849 von dem klagenden Handlungshause durch den Agenten Weinhagen ihrem, der Wittwe von Els, Handlungshause verkauft worden seien;

Daß hierdurch der Kauf und Verkauf dieser Quantität Kaffee festgestellt worden ist;

J. E., daß es gleichfalls zwischen den Parteien feststeht, daß das klagende Handlungshaus den Kaffee, obgleich aufgefordert, und dadurch in Verzug gesetzt, dem Handlungshause von Els nicht überliefert hat;

J. E., daß es daher keinem Bedenken unterliegen kann, die Auflösung des Kaufvertrages auszusprechen, und das klagende Handlungshaus zu verurtheilen, dem Verklagten und Wiederkläger völlige Schadloshaltung wegen der nicht erfolgten Lieferung zu leisten;

J. E., das Quantitative anlangend, daß die zu leistende volle Schadloshaltung nicht allein den erlittenen Verlust, sondern auch den entgangenen Gewinn umfaßt, cf. Art. 1149 des B. G. B.

J. E., daß, wenn ein Handelsmann dem andern eine Handelswaare zu einem bestimmten Preise verkauft, und sie demselben vertragswidrig nicht überliefert, die Waaren in der Zeit, zwischen der Periode, wo sie geliefert werden müßten, und dem Tage, wo der Ankäufer Auflösung des Vertrages und Schadensersatz beansprucht, im Preise gestiegen ist, die Preisdifferenz offenbar als entzogener, und daher zu ersetzender Gewinn erscheint, da anzunehmen ist, daß der ankaufende Handelsmann die angekaufte Waare zum Wiederverkaufe an sich brachte, und auch im Stande war, sie zur Zeit, wo der Preis gestiegen war, weiter zu veräußern;

J. E., daß dies auch dann eintritt, wenn dem Verkäufer bei der Nichterfüllung eine böse Absicht oder Arglist nicht zur Last fällt, da auch in diesem Falle nach Art. 1151 l. c. der Schuldner für den entbehrten Gewinn haftet, den man zur Zeit der Eingehung des Vertrags vorhergesehen hat, oder vorhersehen konnte, bei den dem Handelsverkehre unterworfenen Gegenständen aber der Preis veränderlich ist, und daher auch eine Preiserhöhung vorhergesehen werden kann;

J. E., daß es ebensowenig von Einfluß sein kann, wenn späterhin, nachdem die Preiserhöhung stattgefunden hatte, der Preis der Waare wieder heruntergegangen sein sollte, da, wenn nicht besondere Momente für das Gegentheil sprechen, anzunehmen, daß der die Schadloshaltung beanspruchende Kaufmann schon zur Zeit der Preiserhöhung die Waaren hätte abgeben können, und abgegeben haben würde;

J. E., daß im vorliegenden Falle der fragliche Kaffee zu 25½ Cents verkauft worden ist;

Daß Kaffee zu den Handelswaaren gehört, deren Preis ein fortwährend fluktuirender ist;

J. E., daß Verklagte behauptet und sich zum Beweise erbietet: daß der Preis des Java-Kaffee R Nro. 27 zur Zeit der Klage (6. März 1850) 35½ bis 37½ Cents betragen habe;

J. E., daß dieser Tag zwischen der Zeit liegt, wo der Kaufvertrag abgeschlossen wurde, und dem Tage, wo in Folge jener Klage die Verklagte reconveniendo auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung jenes Vertrages resp. auf Auflösung desselben klagbar wurde, und daß daher nach dem oben Ausgeführten der erbotene Beweis erheblich erscheint.

Von diesem Erkenntnisse ergriff die Handlung Ebeling u. Comp. Berufung und führte aus, die Handlung von Els könne nur den Unterschied des Ankaufspreises zu dem am Tage der Weigerung der Lieferung geltenden Preise verlangen, da sie damals gewußt habe, daß der Kaffee nicht geliefert werde und sie ihn also anderweit sofort habe anschaffen können; die Handlung von Els behaupte auch nicht etwa, daß sie selbst den Kaffee wieder weiter verkauft, und um ihren eignen Verpflichtungen zu genügen, einen höhern Preis habe anlegen müssen; maßgebend könne daher nur der Tag der Aufforderung oder der Klage sein, jeder dritte sei willkürlich; so habe auch der Appehof entschieden in den Urtheilen im Archiv 1. 1. 38. — 8. 1. 315.

Die Appellatin erwiderte, Appellantin habe ihr auch den entgangenen Gewinn für die Perjode, während welcher sie sich in Verzug befunden, zu ersetzen; diese Periode erstrecke sich vom Tage der Aufforderung bis zum Tage der Gegenklage und in diese falle der von ihr angenommene Zeitpunkt des 6. März herein; diese Grundsätze seien namentlich auch für das Römische Recht ausgesprochen bei Voet comm. ad Pand. de cond. trit. XIII. 3 Nro. 3: nam si mora praecesserit, dubium non est, quin frustratio moratori et non alteri obesse debeat; ac propterea, si inter moram et litem contestatam remve judicatam res pluris valuerit, quam ipso litis contestatae vel condemnationis momento, reus in id, quanti res plurimi fuit, a tempore morae ad tempus litis contestatae in stricti juris, aut rei judicatae in bonae fidei judiciis damnandus foret, und gälten ebenso im franz. Rechte.

Der Hof erkannte konfirmatorisch durch folgendes

Urtheil:

J. E., daß der erste Richter sachgemäß angenommen hat, daß nach Inhalt der vorliegenden Correspondenz die appellantische Handlung durch wiederholte briefliche Aufforderungen rücksichtlich der Ablieferung der im September 1849 verkauften 100 Ballen Kaffee gehörig in Verzug gesetzt worden sei, und im Allgemeinen auch die Verpflichtung zum Schadensersatze von Seiten der Appellantin nicht weiter bestritten wird;

Daß ebenso in Betreff der Ermittlung und Feststellung des zu ersetzenden Schadens der erste Richter die dabei zur Sprache kommenden gesetzlichen Bestimmungen richtig angewendet hat, da die Schwankungen in dem Preise des Kaffee's und die daraus für die Appellatin entspringenden Nachtheile von der appellantischen Handlung offenbar vorhergesehen werden konnten, und der fortgesetzte Verzug für dieselbe in jedem Augenblicke die Verpflichtung begründete, die Differenz des contractlich vereinbarten Preises und des bis zur Resiliation im Handelsverkehre eingetretenen höhern Preises zu ersetzen;

Daß namentlich die von der appellantischen Handlung verlangte Beschränkung der Entschädigungs-Ansprüche der Appellatin in der Art, daß derselben nur die Preisdifferenz zur Zeit der von ihr gestellten Anträge auf Schadensersatz resp. auf Auflösung des Kaufgeschäfts zuerkannt werden dürften, gesetzlich nicht für begründet erachtet werden kann, indem nicht erst durch die Klage, sondern durch die in Verzugsetzung die Verbindlichkeit der Appellantin zum Schadensersatze ihr Entstehen erhielt, und so lange fortdauerte, bis dieselbe entweder freiwillig erfüllte, oder aber die Pflicht zur Erfüllung in Folge einer gerichtlich ausgesprochenen Resiliation des Vertrages zu bestehen aufhörte;

Aus diesen Gründen

verwirft der A. G. H. die Berufung von dem Urtheile des Königl. Landgerichts zu Düsseldorf, als Handelsgericht fungirend, vom 3. April 1852 und verurtheilt die Appellantin in Strafe und Kosten.

I. Senat. Sitzung vom 14. März 1853.

Advokaten: Müller — Herbertz.

Erbfähigkeit. — Lebensfähigkeit. — Geburt.

Erbfähig ist ein Kind nur, wenn es lebensfähig geboren ist. — Letzteres ist aber nicht der Fall, wenn es stirbt, ehe eine Trennung von der Mutter stattgehabt hat, indem es alsdann vor der Geburt gestorben, mithin nicht lebensfähig geboren ist. — Es kann daher auch auf die Untersuchung, ob es lebensfähig hätte geboren werden können, nicht ankommen. Art. 725 des B. G. B.

Peters — Gatzen.

Die Ehefrau Gatzen starb in schwangerm Zustande; sogleich nach ihrem Verscheiden wurde von einem Arzte an der Leiche der Kaiserschnitt gemacht und das nach Angabe des Arztes lebende Kind, nachdem es im Mutterleibe, soweit nöthig, blosgelegt worden, getauft. Gleich nachher verschied auch das Kind; worauf alsdann die Bauchhöhle wieder zugenäht wurde und später die Beerdigung ohne weitere Untersuchung der Lebensfähigkeit des Kindes erfolgte.

Der in der Folge sich erhebende Rechtsstreit hatte hauptsächlich die beiden Fragen zum Gegenstande, 1) ob das Kind seine Mutter überlebt und beerbt habe, und 2) ob bei dem Beweise des stattgehabten Lebens des Kindes dessen Lebensfähigkeit zu präsumiren oder demunerachtet von demjenigen, welcher aus diesem Umstande Rechte herleiten wolle, zu beweisen sei.

Das Königl. Landgericht zu Aachen erwog in seinem Urtheile vom 4. Dezember 1851 im wesentlichen, daß nach der Angabe des Arztes, welcher die Operation vorgenommen, die Mutter erst fünf Monate schwanger gewesen, das Kind also außer dem Mutterleibe nicht habe leben können, d. h. nicht lebensfähig und also auch nicht erbfähig gewesen sei.

Auf die gegen diese Entscheidung eingelegte Berufung erließ der A. G. H. folgendes

Urtheil:

J. E., daß zur Successionsfähigkeit eines Kindes erfordert wird, daß dasselbe lebensfähig geboren sei;

Daß aber das Kind der Ehefrau des Appellaten, Johanna Catharina Pennhausen, welches sich in dem Leibe derselben nach dem Tode vorfand, gar nicht geboren worden ist, indem,

wie aus den Zeugen-Aussagen hervorgeht, man sich begnügte, aus dem geöffneten Leibe der rc. Frau Satzen ein Glied der Leibesfrucht hervorzuziehen, um daran die Nothtaufe zu vollziehen; daß eine Trennung des Kindes von der Mutter nicht statt hatte, und dasselbe niemals selbstständig gelebt hat;

Daß, wenn dasselbe, wie es scheint, gelebt hat, es jedenfalls vor der Geburt gestorben ist, und daher keine Successionsrechte erworben hat, daher auch keine auf die Appellanten übertragen konnte;

Daß es auch nicht darauf ankommt, zu untersuchen, ob das Kind der rc. Satzen hätte lebensfähig geboren werden können, indem es lebensfähig geboren sein muß, um es zu befähigen, Rechte in den Nachlaß seiner Mutter zu erwerben; daß es daher auf das Subsidiarbeweiserbieten, wonach das Verfahren des handelnden Arztes kritisirt werden soll, nicht weiter ankommt;

Aus diesen Gründen

verwirft der A. G. H. die Berufung von dem Urtheile des Königl. Landgerichts in Aachen vom 4. December 1851 als ungegründet und verurtheilt die Appellanten in Strafe und Kosten.

I. Senat. Sitzung vom 14. März 1853.

Advokaten: Bagedes — Müller.

Eigenthum. — Baukosten. — Ersatz.

Der durch den Art. 555 des B. G. B. begründete Anspruch desjenigen, welcher mit seinem Material auf fremdem Eigenthum einen Bau aufgeführt hat, kann nur gegen denjenigen, welcher zur Zeit der Errichtung Eigenthümer war, nicht aber gegen einen späteren Erwerber geltend gemacht werden.

Milz — Gräber.

In einer am 16. August 1851 gegen J. B. Lefevre beim Königl. Friedensgerichte zu Koblenz betriebenen Subhastation steigerte Gräber eine im Subhastationspatent als Ackerland bezeichnete Parzelle von 62 Ruthen für 476 Thlr. an. Die Veranlassung zu einem so hohen Preise lag darin, daß auf jener Parzelle bereits ein Haus stand. Nachdem das Adju-

dicationsprotocoll dem Lefevre zugestellt, und derselbe durch rechtskräftiges Urtheil zur Räumung verurtheilt worden war, erhob J. Milz gegen Gräber beim Königl. Landgericht zu Koblenz Klage auf Erstattung des Mehrwerths, den die gedachte Parzelle durch den vom Kläger nach seiner Behauptung dort errichteten Neubau erhalten, oder der vom Kläger hierauf verwendeten Baukosten, eventuell Gestattung der Wegnahme der Materialien. Durch Urtheil des Königl. Landgerichts zu Koblenz vom 7. November 1851 wurde diese Klage abgewiesen, weil Kläger zum Verklagten in keinerlei Rechtsnexus stehe, weder in einem persönlichen, noch einem dinglichen. Die hiergegen eingelegte Berufung verwarf der Rh. A. G. H. durch folgendes

Urtheil:

J. E., daß durch das gegen Johann Baptist Lefevre und dessen Kinder erlassene Adjudications-Urtheil vom 16. August 1851 der Appellat das sub Nro. 8 des Patents bezeichnete Grundstück in dem Zustande und mit den Zubehörungen erworben hat, wie sich dasselbe zur Zeit des Zuschlags befand;

Daß der Aufbau, wofür der Appellant gegen ihn als Ansteigerer Entschädigung verlangt, damals schon auf dem Grundstück errichtet war;

Daß daher, wenn jener Aufbau wirklich durch den Appellanten und auf seine Kosten, wie er zu beweisen sich erbietet, hergestellt worden, sein auf den Art. 555 des B. G. B. gegründeter Anspruch doch in keinem Falle gegen den späteren Erwerber des Grundstückes, sondern nur gegen denjenigen, welcher Eigenthümer desselben zur Zeit der Errichtung der baulichen Anlagen war, zu verfolgen sein würde;

Daß das erwähnte Beweiserbieten mithin, dem Appellaten gegenüber, von keiner Erheblichkeit ist;

Daß nun zwar in gegenwärtiger Instanz der Appellant auch darüber den Beweis erbietet, es sei im Lizitations-Termine der Mitverkauf des Aufbaues ausdrücklich ausgeschlossen worden;

Daß aber hiermit zugleich die rechtliche Unterstellung der Klage, nämlich Erwerb des Appellaten durch Accession, wegfallen würde;

Daß in anderer Beziehung, da der Extrahent ohne Zustimmung des Schuldners und der Hypothekargläubiger von

den einmal gestellten Kaufbedingungen einseitig nicht abweichen kann, eine Erklärung im Lizitations-Termine, wie solche vom Appellanten articulirt wird, gar keine rechtliche Berücksichtigung verdient, mithin auch jenes fernere Beweiserbieten kein relevantes ist; u. s. w.

Aus diesen Gründen

verwirft der Königl. Rh. A. G. H. die Berufung von dem Urtheil des Königl. Landgerichts zu Coblenz vom 7. November 1851 mit Verurtheilung des Appellanten in Strafe und Kosten.

I. Senat. Sitzung vom 14. März 1853.

Advokaten: Wallraf — Lautz.

Competenz. — Bergwerk. — Muthung.

Die Gerichte sind competent zwischen zweien Muthern über das Vorzugsrecht im Grubenfelde zu erkennen.

Hagen u. Consf. — Schmitt.

Beide Parteien hatten von der Bergbehörde Muthscheine auf Fundgruben in der Bürgermeisterei Gladbach, Kreis Mülheim am Rheine erhalten, und als sie beide Concession nachsuchten, ergab sich, daß ihre Muthungen sich großentheils auf dasselbe Feld erstreckten. Hagen u. Consf. nahmen ein Vorzugsrecht in Anspruch, und die Kgl. Bergbehörden verwiesen die Parteien zur Entscheidung über das Vorzugsrecht an die Gerichte.

Hagen u. Consf. erhoben beim Kgl. Landgerichte zu Köln Klage, wurden aber wegen Incompetenz abgewiesen, indem das Landgericht der Meinung war, es handle sich von einem Akte der Verwaltungsbehörde, über dessen Gültigkeit den Gerichten gemäß Ressort-Reglement vom 20. Juli 1818 jede Cognition entzogen sei, und von einer Bergeigenthums-Verleihung, über welche nach dem Reglement vom 13. Juli 1837 für das Berggericht zu Siegen, und der Kgl. Kab.-Ordre vom 12. Oktober desselben Jahres die Civil-Gerichte zu erkennen nicht berufen seien.

Auf die Berufung von Hagen u. Consf. erließ der A. G. H. folgende reformatorische Entscheidung

J. E., daß jede der Parteien sich im Besitze eines Muthscheines befindet, welcher nach der Aufstellung des Klägers zum Theil dasselbe Grubenfeld befaßt, auf das in dem andern dieser Scheine die Muthung gerichtet ist;

Daß nach dem Inhalte der Klage und der Einlassung auf dieselbe der unter den Parteien bestehende Streit wesentlich darauf hinausgeht, wer von ihnen auf den angeblich in beiden Muthscheinen begriffenen Theil des Feldes ein besseres Recht erlangt und die bergamtliche Beleihung nach Maßgabe des dem einen und dem andern Theile ausgefertigten Muthscheines zu beanspruchen habe;

Daß der Gegenstand dieser das Singularinteresse der gegenwärtigen Parteien ausschließlich berührenden Contestation privatrechtlicher Natur ist;

Daß Bergwerksstreitigkeiten, welche Bergverleihungen, deren Umfang und Grenzen zum Gegenstande haben, nach den Bestimmungen des §. 2 des Edictes vom 21. Februar 1818 und des durch die Kgl. Kab.-Ordre vom 12. Oktober 1837 auf sämmtliche Berggerichte in der Monarchie für anwendbar erklärten §. 2 des Reglements für das Berggericht zu Siegen vom 13. Juli 1837 der berggerichtlichen Cognition unterliegen;

Daß diese Bestimmungen sich nicht bloß auf die über bereits bestehende Verleihungen entstandene, sondern eben sowohl auf Prozesse beziehen, welche über die Berechtigung zur Beleihung unter verschiedenen Concurrenten aufgekommen sind.;

Daß der vorliegende Streit einen solchen Gegenstand befaßt und der Zuständigkeit des betreffenden Berggerichts unterworfen sein würde, wenn die exceptionelle berggerichtliche Jurisdiction noch bestände und im Bereiche des Rh. A. G. H. überhaupt bestanden hätte, mithin, da letzteres nicht der Fall ist, vor die ordentlichen Gerichte gehört;

Daß die Verfügung des §. 19 des Ressort-Reglements vom 20. Juli 1818 der Zulässigkeit des Rechtsweges nicht entgegensteht, da es sich nach dem bereits Angeführten nicht von einem der Fälle handelt, in denen den Verwaltungsbehörden das Entscheidungsrecht oder die Exekution vorbehalten ist;

Daß endlich auch nach der Absicht beider Parteien unmittelbar nur darüber entschieden werden soll, welche derselben auf den Grund der von ihr ausgegangenen Muthung zur Einholung der amtlichen Beleihung berechtigt sei und in

dem gegen den appellatischen Muthschein gerichteten Angriff der Appellanten wesentlich nur das Mittel besteht, eine der Intention derselben gemäße Entscheidung jener Rechtsfrage herbeizuführen;

J. E., daß die erstrichterliche Entscheidung lediglich über den Competenzpunkt ergangen und, bei ermangelnder Veranlassung zur Evokation der Hauptsache, die Erörterung der im Uebrigen gegen die Statthaftigkeit und den Grund der Klage angebrachten Einreden in dieser Instanz unzulässig erscheint.

Aus diesen Gründen

erklärt der Rh. A. G. H. unter Abänderung des Urtheils des Königl. Landgerichts zu Köln vom 31. Januar v. J. dieses Gericht für competent und gehalten, über die durch die Ladung vom 21. Juni 1851 angestellte Klage zu entscheiden, weist die Parteien zur weitern Verhandlung der Sache zur erster Instanz zurück, u. s. w.

II. Senat. Sitzung vom 19. März 1853.

Advokaten: Forst — Herbertz.

Ottweiler Bannbuch und Karten. — Beweiskraft.

Die im Jahre 1766 auf Anordnung der Fürstlich-Nassau-Saarbrück'schen Regierung bewirkte Vermessung des Bannes der Stadt Ottweiler hatte den Zweck, eine gleichmäßige Vertheilung und regelmäßige Erhebung der Grundsteuer zu sichern und die Grenzen des Eigenthums zwischen den Nachbarn auf authentische Weise festzustellen;

Da dabei ein contradictorisches Verfahren beobachtet wurde, so haben das Bannbuch und die Karten (Generalkarte, Tractuskarten) die Kraft eines Eigenthumstitels im heutigen Sinne des Worts;

Das in dem Archiv der Stadt Ottweiler beruhende Bannbuch nebst Karten ist eine authentische Reinschrift der ursprünglich angelegten Stücke und hat daher dieselbe Beweiskraft, wie diese.

Pfeiffer — Tag.

Die Frage der Beweiskraft des s. g. Ottweiler Bannbuches und der dazu gehörigen Karten ist bereits mehrmals vor den Gerichten discutirt worden;

In dem oben rubrizirten Rechtsstreite hat der A. G. H. die Entstehungsweise dieses Bannbuches und der Karten umständlich entwickelt und hierauf sein Urtheil über die Beweiskraft derselben gegründet, und es dürfte daher nicht ohne Interesse, vielleicht auch für künftige ähnliche Rechtsstreitigkeiten nicht ohne practischen Werth sein, die in dem speziellen Falle die Entscheidung des A. G. H. motivirenden allgemeinen Grundsätze an dieser Stelle zu einer größeren Publizität zu bringen. Die betreffenden Erwägungsgründe lauten, wie folgt:

J. E., daß Kläger und Appellant sein Eigenthum an dem vindicirten gegenwärtig im Besitz des Verklagten und Appellaten befindlichen Streifen durch die im Jahre 1766 auf Anordnung der damaligen Fürstlich-Nassau-Saarbrück'schen Regierung geschehene Vermessung des Bannes der Stadt Ottweiler und das darüber aufgenommene Bannbuch nebst dazu gehörigen Karten beweisen will und daher zunächst zu untersuchen ist, ob das Resultat dieser Vermessung als Eigenthumstitel gelten kann und ob das im Besitz der Gemeinde Ottweiler befindliche und von ihr eingesandte Bannbuch, so wie die vorgelegten Karten die wirklichen Originalien sind;

Daß, wie die im Jahre 1772 von einem Mitgliede der Saarbrück'schen Renovatur-Commission herausgegebene „kurze doch vollständige Nachricht von der Verfassung des Fürstlich Nassau-Saarbrück'schen Renovatur- und Steuer-Wesens" ergiebt, die damalige Vermessung den doppelten Zweck hatte, zuerst eine gleichmäßige Vertheilung der Grundsteuer und deren regelmäßige Erhebung zu sichern, und zweitens, zur Verhütung künftiger Prozesse die Grenzen des Eigenthums zwischen den Nachbarn auf authentische Weise festzustellen, dieser doppelte Zweck auch in dem Seite 17 abgedruckten und in allen Ortschaften der Grafschaft angehefteten Publikandum den Unterthanen angezeigt ist;

Daß nach Ausweis der Seite 21 abgedruckten Instruktion für die Feldmesser zuerst der ganze Bann vermessen, die General-Karte davon angelegt und dann die einzelnen Traktus-Karten (in etwas vergrößertem Maßstabe) gezeichnet wurden;

Daß sodann unter Zuziehung der Eigenthümer die Grän-

zen der einzelnen Stücke abgesteckt und die Namen der Eigenthümer eingeschrieben wurden;

Daß ferner der Feldmesser jedem Eigenthümer einen Notiz-Zettel von seinen vermessenen Gütern einhändigte, deren Erinnerungen anhörte und die etwa erforderlichen Berichtigungen unter Zuziehung der Nachbarn und mit deren Einverständniß bewirkte;

Daß nun die anerkannten oder berichtigten Notiz-Zettel von den Eigenthümern unterschrieben wurden und auf deren Grund die Berichtigung der Karte erfolgte;

Daß hierauf und nachdem aus der revidirten Karte das Bannbuch angefertigt war, die sämmtlichen Mitglieder einer Gemeinde vor die Renovatur-Commission vorgeladen wurden, um ihre Besitztitel vorzulegen oder in deren Ermangelung durch zwei oder drei ehrliche bejahrte Männer, welche nach Anhörung des Orts-Vorstehers und der Gerichtsleute von der Commission erwählt waren, einen dreißigjährigen Eigenthums-Besitz, durch sich selbst oder ihre Vorfahren ausgeübt, zu beweisen, wobei die zur Verjährung erforderlichen Eigenschaften des Besitzes genau untersucht wurden;

Daß zuletzt die Renovatur-Commission in Gegenwart der so eben erwähnten zwei oder drei bejahrten Männer, des Orts-Vorstehers und der Gerichtsleute jeden Notiz-Zettel mit dem darin verzeichneten Eigenthümer unter Vergleichung seiner Titel oder in deren Ermangelung unter Berücksichtigung des für den dreißigjährigen Besitz abgelegten Zeugnisses wiederum prüfte, und daß, wenn Alles richtig befunden war, ihm das Eigenthum zugeschrieben wurde, worüber ein von den Commissarien und den zugezogenen Personen zu unterschreibendes Protokoll errichtet wurde;

Daß hiernach das ganze Verfahren eine nach contradictorischer Verhandlung auf den Grund schriftlicher Titel oder erwiesener Verjährung von der dazu ernannten Behörde erkannte Adjudikation des Eigenthums war und ausdrücklich als solche bezeichnet wird;

Daß sogar im Fall entstehender Prozesse ein Auszug aus dem Protokoll als Akten und Erkenntniß erster Instanz gelten sollte und die fürstliche Regierung als Gericht zweiter Instanz den Prozeß weiter zu instruiren und zu entscheiden hatte;

Daß bei einer solchen Errichtung das Bannbuch und die Karten die Kraft eines Eigenthumstitels im heutigen Sinne des Worts haben, vorausgesetzt, daß sie die ächten sind;

Daß nach Art. 7, 8 und 11 der erwähnten Instruktion die auf die erste Vermessung und die Angaben der Besitzer angelegten General- und Traktus-Karten und Bannbuch nicht als die Original-Urkunden gelten sollten, sondern die nach der Revision und geschlossener Adjudikation davon angefertigten Reinschriften, damit solche, wie die Instruktion sich ausdrückt, durch Radiren und Korrigiren nicht unscheinbar werden;

Daß sich in dem aus dem Archiv der Stadt Ottweiler eingesendeten Bannbuch Blatt 2 das Zeugniß des Geometers Johann Georg Deissinger über die von ihm bewirkte Anfertigung und Reinschrift des Bannbuchs und der Karten findet und überdies die Ansicht des Buches ergiebt, daß es nicht die erste durch Revisions-Vermerke unscheinbar gewordene Anlage, sondern die Reinschrift, also das beweisende Original ist;

Daß die fehlende Unterschrift der Renovatur-Commission, welche im Art. 46 der Nachricht allerdings als gezeichnet erwähnt werden, dem Bannbuche seinen Charakter als authentische Urkunde nicht nehmen kann, weil keine Verordnung des damaligen Landesherrn die Beweiskraft des Buchs von jenen Unterschriften abhängig machte und dieselben erst nach geschlossener Adjudikation als geschehen erwähnt werden, daher die Wirkung dieser Adjudikation durch deren Mangel nicht wieder wegfallen kann;

Daß die Karte, welche Appellant als die Original-Bannkarte bezeichnet, vom Appellaten aber als solche nicht anerkannt wird, allerdings sich in einem sehr beschädigten Zustande befindet und namentlich das Stück ganz fehlt, auf welchem der Geometer Deissinger sich als Verfasser bekennt und deren Uebereinstimmung mit dem Bannbuche bezeugt;

Daß indeß auch beschädigte öffentliche Urkunden ihre Beweiskraft unter den drei Bedingungen behalten, daß erstlich die Beschädigung durch Zufall oder höhere Gewalt erfolgt, zweitens, daß die Identität nicht zweifelhaft, und drittens, daß sie in der beweisenden Stelle noch lesbar und erkennbar ist;

Daß die völlige Verwahrlosung der öffentlichen Archive während der Revolutionskriege und oftmals die absichtliche Zerstörung derselben oder auch die Verschleppung der darin aufbewahrten Urkunden allgemein bekannte historische Thatsachen sind, aus welchen sich der beschädigte Zustand der vorgelegten Karte hinreichend erklärt, wie denn auch die Traktus-Karten in den Privat-Besitz übergegangen sind, aus welchem die Königl. Regierung in Trier sie durch Kauf wieder erwerben mußte;

Daß, wenn man das Bannbuch als das eine Original zum Grunde legt und nun die Karte mit demselben vergleicht, diese Vergleichung auf das überzeugendste die Identität der Karte darthut;

Daß nämlich im Bannbuche die Nummer des Traktus, die Natur und Bestimmung des Grundstücks, der Name des Eigenthümers, der Flächeninhalt und die Nebenläger nach der Bezeichnung von oben und unten, einerseits und andererseits angegeben sind und überdies, wo es der Raum gestattet, eine Zeichnung von der Figur des Grundstücks mit Angabe des Längenmaaßes jeder Seite beigefügt ist;

Daß sich nun in der Karte, so weit sie noch ganze Traktus zeigt, eben dieselben Grundstücke mit derselben Figur, Flächeninhalt, Längenmaaß der Gränzen und Namen der Eigenthümer finden;

Daß in das Bannbuch die Eigenthümer vom Jahr 1766 eingetragen, bei eingetretenen Veränderungen die Namen dieser Eigenthümer durchstrichen, die Namen der neuen Erwerber darunter geschrieben sind, und in der Karte nur die Namen der Eigenthümer des Jahres 1766 stehen, woraus hervorgeht, daß beide gleichzeitig angefertigt sind und die vorgelegte Karte nicht etwa eine Kopie des Originals, sondern das Original selbst ist;

Daß die Traktus-Karten, obgleich eigentlich nur im vergrößerten Maaßstabe angelegte Kopien der allgemeinen Bannkarte, doch wegen vollkommener Uebereinstimmung mit dem Bannbuche in den vorhin angegebenen Kennzeichen die Gewißheit von der Identität der Bannkarte wesentlich verstärken;

Daß der Mühlengraben, so weit er im Traktus 6 gelegen ist, nach dem Bannbuch 2 Morgen 3 Ruthen enthalten soll, und derselbe sich in der Karte von seiner Ableitung aus der Blies bis zu seinem Ende verzeichnet findet, mit deutlich erkennbarer Angabe der Längenmaaße der den Graben einschließenden Grundstücke und der Breite des Grabens an den Stellen, wo zwei anschießende Grundstücke sich begränzen;

Daß hiernach Bannbuch und Bannkarte für den Kläger und Appellanten Eigenthumstitel sind und sein Eigenthum an dem vindicirten Streifen beweisen, vorausgesetzt, daß dieser Streifen in den Flächen-Inhalt von 2 Morgen 3 Ruthen und in die Gränzen falle, wie sie in der Bannkarte verzeichnet sind u. s. w.

I. Senat. Sitzung vom 30. März 1853.

Advokaten: Compes — Borchard.

Legitimation eines natürlichen Kindes. — Erbrecht. — Rechte des nicht anerkennenden Ehegatten.

Die Legitimation, welche während der Ehe von der Frau zum Vortheile eines natürlichen Kindes erwirkt wird, welches sie vor der Ehe mit einem Andern, als ihrem Ehemann erzeugt hat, kann diesem nicht zum Nachtheile gereichen, selbst wenn er bei dem Akte, auf dessen Grund das Legitimations-Patent erlassen worden, mit erschienen ist und seiner Frau die Ermächtigung dazu ertheilt hat. Art. 337 B. G. B.

Sonntag — Trimborn.

Der am 8. Juli 1814 geborne Appellant Johann Sonntag ist der natürliche Sohn der am 27. October 1849 verstorbenen Gertrud Sonntag, welche jedoch erst am 4. November 1845 dessen Legitimation durch ein Ministerial-Rescript erwirkt hat, nachdem sie schon am 13. Januar 1835 mit dem heutigen Appellaten Johann Trimborn, ihrem späteren Ehemanne einen Heiraths-Vertrag abgeschlossen hatte, wodurch sie demselben ihr sämmtliches Mobilar- und Immobilarvermögen, so wie es sich bei ihrem Vorabsterben als ihr zugehörig vorfinden würde, zum vollen Eigenthum geschenkt hatte.

Nach fruchtlos versuchter Sühne ließ der Appellant den Appellaten vor das Landgericht zu Aachen belangen, um dort die Theilung des Vermögens der Gertrud Sonntag in der Weise verordnen zu hören, daß ihm die Hälfte desselben zuerkannt werde, da seine Mutter mit ihrem gewesenen Ehemanne, dem Verklagten, in Gemeinschaft der Güter gelebt habe. Dieser Klage setzte der Beklagte den bezogenen Heirathsvertrag vom 13. Januar 1835 entgegen, dessen Anwendung gleichwohl vom Kläger bestritten und behauptet wurde, daß er gesetzlich ein Notherberecht habe.

Durch Urtheil des Königl. Landgerichts zu Aachen vom 5. Februar 1852 wurde der Kläger mit seiner Klage als unbegründet abgewiesen.

Gegen dieses Urtheil hat Sonntag die Berufung eingelegt und, unter Wiederholung des Antrages erster Instanz, subsidiarisch dahin angetragen, ihm als vollgültig anerkannten natürlichen Sohne wenigstens das Recht auf ein Viertel des

Nachlasses seiner Mutter mit den Früchten von deren Todestage an zuzuerkennen. Ferner subsidiarisch erbot er auch noch den Beweis durch Zeugen:

1) daß die verstorbene Gertrud Sonntag ihn seit seiner Geburt als ihren Sohn erzogen und auch noch nach ihrer Verheirathung mit dem Appellaten in der gemeinschaftlichen Wohnung bei sich behalten habe;

2) daß Appellat selbst schon vor Eingehung seiner Ehe und vor Errichtung des Ehevertrages vom 13. Januar 1835 ihn als den Sohn seiner Frau behandelt, und derselben versprochen habe, nach ihrem Ableben zur Abfindung für seine Ansprüche an das mütterliche Vermögen eine Summe von 800 Thlr. zu bezahlen.

Zur Unterstützung dieser Anträge stellte der Anwalt des Appellanten auf: der notarielle Akt vom 29. September 1845, worauf das Legitinations-Patent vom 4. November 1845 erlassen worden, enthalte ausdrücklich, daß der Appellat zu der Anerkennung und zu der Nachsuchung der Legitimation seine Einwilligung gegeben und seine Ehefrau dazu autorisirt habe; die Bestimmung des Art. 337 des B. G. B., wonach die Anerkennung, welche während der Ehe stattgefunden, dem Appellaten nicht nachtheilig sein könne, finde diesemnach um so weniger Anwendung, als die Mutter den Appellanten seit seiner Geburt als ihren Sohn erzogen, und dem Appellaten dieses Verhältniß vor und nach seiner Ehe mit der Mutter des Appellanten bekannt gewesen sei, so wie dieses in dem Subsidiar-Antrage aufgestellt worden.

Dagegen behauptete der Anwalt des Appellaten, daß die Einwilligung und Autorisation zur Anerkennung des Sohnes und zur Legitimation desselben, welche nur als die gesetzlich erforderliche Assistenz der Frau zu betrachten sei, dem Appellaten nicht präjudiziren könne; daß hierin ein Verzicht auf die ihm in dem Heirathsvertrag erworbenen Rechte nicht liege; daß ein solcher Verzicht auch sogar nach Art. 1395 und 1130 des B. G. B. ungültig sei; daß hiernach die artikulirten Thatumstände als irrelevant unberücksichtigt bleiben müssen.

Urtheil:

J. E., daß die von dem Appellanten erhobene Klage die Auseinandersetzung und Theilung der zwischen dem Appellaten und dessen verstorbener Ehefrau Gertrud geb. Sonntag

bestandenen ehelichen Gütergemeinschaft und die Ueberweisung der einen Hälfte dieser letztern an ihn zum Gegenstande hat;

Daß der Appellant diese Klage auf die von keiner Seite bestrittene Behauptung stützt, daß er nämlich am 29. September 1845 von der Ehefrau des Appellanten als deren natürlichen Sohn anerkannt und durch Ministerial-Rescript vom 4. November desselben Jahres mit der Wirkung legitimirt worden sei, daß ihm das Verbot des Art. 908 des B. G. B. hinsichtlich der Zuwendungen über den Betrag seiner gesetzlichen Erbportion, nicht entgegengesetzt werden könne;

Daß, wenn nun auch der Appellant auf den Grund dieser ihm ertheilten Legitimation im Allgemeinen zwar allerdings berechtigt sein würde, seine Erbansprüche an dem Nachlasse seiner Mutter, Ehefrau Krimborn, durch die von ihm erhobene Theilungsklage, so wie geschehen, rechtlich geltend zu machen, diese Klage in dem vorliegenden Falle dennoch als gegenstandslos erscheint, weil die Mutter des Appellanten in ihrem am 13. Januar 1835 mit dem Appellaten abgeschlossenen Ehevertrage ihr gesammtes Mobilar- und Immobilar-Vermögen, so wie sich dasselbe bei ihrem Ableben vorfinden würde, dem Appellaten zum vollen Eigenthum geschenkt hat; daß die durch diesen Ehevertrag dem Appellaten an dem Nachlasse der Mutter des Appellanten unwiderruflich erwachsenen rechtlichen Ansprüche, durch die spätere Anerkennung beziehungsweise Legitimation des Appellanten nicht haben gefährdet werden können, der Art. 337 des B. G. B. vielmehr ausdrücklich vorschreibt, daß eine Anerkennung, welche während der Ehe von einem Ehegatten zum Vortheile eines natürlichen Kindes geschieht, das er vor der Ehe mit einem Andern, als seinem Ehegatten erzeugt hat, diesem letztern nicht zum Nachtheile gereichen solle; daß der Appellat bei dem am 29. September 1845 über die Anerkennung des Appellanten als natürlichen Sohn der Gertrud Sonntag gethätigten notariellen Akte zwar ebenfalls mit erschienen ist und den Akt selbst mit unterschrieben hat; daß dieses aber, wie der fragliche Akt klar ergiebt, nur in der Absicht von demselben geschehen, um seiner Ehefrau zu assistiren und derselben seine zu der Vollziehung des Aktes gesetzlich erforderliche Ermächtigung zu ertheilen; daß hingegen in dem Akte auch nicht entfernt eine Andeutung darüber enthalten ist, daß der Appellat durch sein Mitauftreten bei demselben seine Absicht, auf die ihm durch den

Ehevertrag vom 13. Januar 1835 erwachsenen Rechte verzichten zu wollen, zu erkennen geben wollen;

Daß die Behauptung des Appellanten, daß nämlich seine Mutter Gertrud Sonntag ihn seit seiner Geburt als ihren Sohn erzogen und ihn auch nach ihrer Verheirathung mit dem Appellaten in der gemeinschaftlichen Wohnung bei sich behalten habe, als völlig unerheblich erscheint, weil durch ein solches Verhältniß dem Appellanten jedenfalls keine größeren Rechte an dem Nachlasse seiner Mutter rechtlich würden erwachsen sein, als diejenigen, welche derselbe durch seine förmliche Anerkennung, beziehungsweise durch seine Legitimation erlangt hat; daß endlich das von dem Appellaten der Mutter des Appellanten angeblich gemachte Versprechen, nach dem Ableben der letztern dem Appellanten für seine Ansprüche an das mütterliche Vermögen eine Summe von 800 Thlr. zahlen zu wollen, hier um so weniger berücksichtigt werden kann, da, auch selbst abgesehen von der Unzulässigkeit des hierüber von dem Appellanten erbotenen Beweises durch Zeugen, dasselbe die von dem Appellanten erhobene Theilungsklage jedenfalls nicht würde begründen können.

Aus diesen Gründen

und ohne Rücksicht auf die Subsidiar-Anträge des Appellanten, verwirft der Königl. Rh. A. G. H. die Berufung gegen das Erkenntniß des Königl. Landgerichts zu Aachen vom 5. Februar 1852 und verurtheilt den Appellanten in Strafe und Kosten.

III. Senat. Sitzung vom 2. März 1853.

Advokaten: Hardung I. — Müller.

Erbtheilungsklage. — Im Auslande eröffnete Erbschaft. — Forum des Inländers.

Der Ausdruck «Obligations contractées» im Art. 14 B. G. B. begreift nicht nur die Verpflichtungen aus Verträgen, sondern alle durch Klagen verfolgbaren Verbindlichkeiten der Ausländer gegen Inländer, gleichviel ob diese im In- oder Auslande ihr Entstehen erhalten haben, in sich.

Wird daher in einem ausländischen Staate, welchem gegenüber der Art. 14 cit. in voller Geltung besteht, eine Erbschaft eröffnet, an welcher

ein Inländer (Rheinpreuße) betheiligt ist, so kann dieser die Erbschaftsklage bei den inländischen (rheinpreußischen) Gerichten sowohl hinsichtlich der im Inlande gelegenen Immobilien, als auch hinsichtlich der daselbst befindlichen Mobilien anstellen. Art. 14 B. G. B.

Packenius (de Leonardts) — von Petit u. Consf.

Fräulein Maria Louise von Pollart starb am 15. Dezember 1850 im Königreich der Niederlande, dessen Unterthanin sie bis dahin gewesen war, und hinterließ als Erbin mütterlicher Seits ihre Großtante, Fräulein Maria Emma de Leonardts, welche interdicirt und in der Person des Gutbesitzers Packenius zu Wassenberg, später des Königl. Ober-Prokurators Packenius zu Aachen bevormundet war, und als Erben väterlicher Seits die heutigen Appellaten von Petit u. Cons. sämmtlich zu Roermond wohnhaft. — Die Erstere, resp. deren Vormund erhob gegen Letztere bei dem Kgl. Landgerichte zu Aachen eine Klage auf Theilung der Mo- und Immobilar-Nachlassenschaft der Fräulein von Pollart überhaupt, event. aber wenigstens auf Theilung des Immobilar-Nachlasses, soweit er sich auf preußischem Gebiete befinde, (mehrere speciell bezeichnete Güter außer vielen Capitalien, welche auf Immobilien in Preußen haften).

Die Verklagten setzten der Klage die Einrede der Incompetenz entgegen, da nach Art. 59 B. P. O. Erbtheilungsklagen im Forum der eröffneten Erbschaft angestellt werden müßten; zudem aber auch die Erblasserin durch ein Testament und ein Codizill, welche mitgetheilt wurden, Einen der Verklagten zum Universallegatar eingesetzt habe; der Kläger behauptete dagegen, unter Berufung auf die Art. 14 u. 3 B. G. B., daß der Rheinpreuße die Erbtheilungsklage gegen Ausländer, auch wenn die Erbschaft im Auslande eröffnet worden sei, vor dem inländischen, rheinischen Gerichte anzustellen befugt sei, welches dann natürlich auch über alle der Klage entgegengesetzten Einreden zu entscheiden habe.

Das Kgl. Landgericht zu Aachen erkannte hierüber durch Urtheil vom 31. Juli 1851, wie folgt:

J. E. auf die Einrede der Incompetenz von Seiten der Beklagten, daß der vorgeschützte Art. 59 der B. P. O. in dem gegenwärtigen Falle nicht entscheidend sein kann, da der-

selbe nur das Verhältniß der Gerichtsbarkeit der inländischen Gerichte zum Gegenstande hat, indem kein Gesetz seine Wirksamkeit über das Territorium hinaus erstreckt;

Daß die Succession, wovon die Rede, sich im Auslande eröffnet hat, der Art. 59 mithin hier nicht anwendbar erscheint;

Daß auch bedeutende Immobilien der Succession in dem hiesigen Gerichtssprengel gelegen sind, und im Inlande belegene Immobilien den Jurisdictionsakten eines ausländischen Gerichtes nicht unterworfen sind, weil sie der Jurisdiction der Territorialsouverainität unterliegen, während Mobilien stets der Person folgen und, wo sie sich auch befinden mögen, censirt sind, am Orte des Domicils des Verstorbenen zu sein;

Daß nicht einmal mit Zuverlässigkeit aus dem Art. 59 Nro. 3 zu entnehmen, daß die hier vordersamst obwaltende Frage der Gültigkeit der letzten Willensverordnung der Verstorbenen sich unter Nro. 3 des Art. 59 subsumiren läßt;

Daß die Kgl. Niederländische Regierung die Anwendung des Art. 14 des B. G. B. gegen preußische Unterthanen noch stets aufrecht erhält, ein gleiches Verfahren mithin nach §. 7 des Gesetzes vom 2. Mai 1823 auch gegen sie gilt;

Daß Betreff des Ausdruckes: «obligations contractées» im Art. 14 die Praxis die Erklärung dahin fixirt hat, daß dieser Ausdruck im generischen Sinne aufgefaßt werden müsse, daß mithin derselbe sich auf alle Verpflichtungen und Civilklagen bezieht, welche auch deren Natur und rechtlicher Grund sei, mithin auch auf eine Klage aus einer communio, die aus der Natur der Sache entstanden und Personal-Verpflichtungen nach sich zieht, oder auf die hereditatis petitio und Gültigkeit oder Ungültigkeit einer letzten Willensverordnung (Pasicrisie 1843 — 1 — 9 — 1834. 2. 51. Bruxelles Cass. 20. Januar 1835); daß jedem Preußen dahier Justiz muß administrirt werden können und die Ausnahme strenge zu beschränken ist;

Daß das Souverainitätsrecht sich dem widersetzt, daß fremde Gerichte Jurisdiction über Güter einer Erbschaft haben sollen, die hier gelegen sind;

Daß der Fall einer in der Fremde eröffneten Erbschaft in unseren Gesetzen nicht vorgesehen ist, der Art. 14 daher supplirend sein muß;

Daß die Competenz des hiesigen Gerichtes in Beziehung auf die provozierte Theilung des hier gelegenen Immobiliar-

Nachlasses daher begründet, in Beziehung auf zufällig hier sich befindende Mobilien aber nicht begründet ist.

Aus diesen Gründen

verwirft das Königl. Landgericht die von dem Beklagten vorgeschützte Incompetenz-Einrede, so weit sie den hier belegenen Immobilar-Nachlaß betrifft; erklärt sich jedoch über zufällig sich etwa hier befindende Mobilien zu erkennen nicht befugt, u. s. w.

Gegen dieses Urtheil appellirte Packenius in seiner angegebenen Eigenschaft insofern, als dasselbe, über zufällig sich etwa in Preußen befindende Mobilien zu erkennen, sich nicht befugt erklärt und die Kosten compensirt habe; während die ursprünglichen Verklagten im Wege der Inzidentberufung beantragten, das Königl. Landgericht zu Aachen überhaupt zur Entscheidung in dieser Sache für incompetent zu erklären.

Das öffentliche Ministerium theilte die Ansicht des Kgl. Landgerichts, daß der Art. 59 der B. Pr. O. nur das Forum der inländischen Gerichte bestimmen, und daher die hier vorliegende Streitfrage nicht entscheiden könne. Es hielt aber auch, allerdings gegen die bekannten Ansichten vieler französischen Rechtslehrer und Gerichtshöfe (Gilbert ad Art. 14 Not. 1.) den Art. 14 des B. G. B. hier nicht für maaßgebend, da derselbe den Fremden ausdrücklich vor den inländischen Gerichten nur wegen der Vollziehung solcher Verbindlichkeiten Recht zu nehmen zwinge, welche von ihm gegen einen Inländer contrahirt worden seien; es setze also dieser Art. nothwendig ein Contractsverhältniß, eine freie Willensäußerung des Ausländers voraus, welche auch (ähnlich wie im Art. 420 der B. Pr. O.) die Absicht vermuthen lasse, hinsichtlich der über die Vollziehung des Vertrages entstehenden Streitigkeiten dem Mitcontrahenten in das Forum seines Landes folgen zu wollen. Von einer solchen Vermuthung könne aber da überall nicht die Rede sein, wo, wie hier, der Inländer gegen den Ausländer Rechte verfolge, welche nicht aus einem Vertrage, sondern aus dem Gesetze, dem gesetzlichen Erbrechte, originiren. Noch weniger könne der Art. 3 des B. G. B. die Competenz der inländischen Gerichte begründen, da es sich hier nicht von besondern Rechten oder Lasten der im Inlande gelegenen Grundstücke, sondern nur von dem Uebergange derselben aus dem Eigenthum der Erblasserin in

jenes der Erben handle, was unbestreitbar auch hinsichtlich inländischer Grundstücke durch ein im Auslande gethätigtes Rechtsgeschäft bewirkt werden könne. Wenn sonach die vorliegende Competenzfrage durch ein inländisches positives Gesetz sich nicht entscheiden lasse, so werde man auf die allgemeinen Rechts- und Prozeß-Grundsätze recurriren müssen und demnach zu dem Resultate gelangen, daß eine Erbtheilungsklage, welche überdieß nicht füglich gleichzeitig an zwei verschiedenen Gerichten anhängig gemacht und vielleicht sogar nach materiell verschiedenen Rechten abgeurtheilt werden könne, nicht nur bezüglich der Mobilien, quae ossibus inhaerent, sondern auch hinsichtlich der selbst im Inlande gelegenen Immobilien immer in dem Forum der eröffneten Erbschaft, in unserem Falle daher an dem betreffenden niederländischen Gerichte, angestellt werden müsse. Hiernach wurde auf Verwerfung der Haupt- und Annahme der Inzident-Berufung angetragen.

Der A. G. H. erließ hierauf folgendes

Urtheil:

J. E. auf die wider das Urtheil des Königl. Landgerichts zu Aachen vom 31. Juli 1851 eingelegte Haupt- und Incident-Berufung:

Daß die zu entscheidende Incompetenzfrage, wie auch der erste Richter sachgemäß angenommen hat, ihre Beantwortung in dem Art. 59 der B. Pr. O. nicht findet, da die in diesem Artikel über den Gerichtsstand bei Erbschaftsklagen gegebenen Vorschriften voraussetzen, daß die Erbschaft im Inlande eröffnet worden ist;

Daß die Beurtheilung der beiderseitigen Berufungen vielmehr lediglich von der Auslegung des Art. 14 des B. G. B. abhängt, welcher dem Königreiche der Niederlande gegenüber in voller Geltung besteht;

Daß nun zwar die Wortfassung des Art. 14 zu dem Zweifel Anlaß geben könnte, daß der Artikel überhaupt nur in dem Falle zur Anwendung kommen dürfe, in welchem ein Ausländer sich einem Inländer gegenüber durch Vertrag verpflichtet habe;

Daß gegen eine solche beschränkende Interpretation jedoch die Rechtslehrer und die Gerichtshöfe Frankreichs sich mit Recht fast einstimmig ausgesprochen haben, weil sich kein Grund denken läßt, weshalb der Gesetzgeber den in dem Art.

14 begründeten Schutz der Inländer gegen Ausländer für Verpflichtungen aus Verträgen habe gewähren, für Verbindlichkeiten andern Ursprungs aber habe versagen wollen;

Daß, wenn aber die in dem Artikel gebrauchten Worte: „obligations contractées“ alle durch Klagen verfolgbaren Verbindlichkeiten der Ausländer gegen Inländer nach der Absicht des Gesetzes in sich begreifen, und zwar gleichviel, ob diese Verbindlichkeiten im In- oder Auslande ihr Entstehen erhalten haben, die vorliegende Theilungsklage mit Erfolg bei dem Landgerichte zu Aachen angestellt werden konnte;

Daß hierbei auch, so lange es sich blos von der Competenz handelt, eine Unterscheidung rücksichtlich der in Rheinpreußen gelegenen Erbschafts-Immobilien und der zum Nachlaß gehörenden, ebenfalls in Preußen befindlichen Mobilien nicht gemacht werden durfte, weil es bei Bestimmung des Gerichtsstandes noch keineswegs darauf ankommen kann, nach welchen Gesetzen die durch den Todesfall der Erblasserin begründeten materiellen Rechte der Parteien rücksichtlich der Mobilien oder Immobilien beurtheilt werden müssen, diese Frage vielmehr erst nach festgestellter Competenz bei Verhandlung der Sache selbst zur Sprache kommen können;

Aus diesen Gründen

reformirt der Königl. Rh. A. G. H. das Urtheil des Königl. Landgerichts zu Aachen vom 31. Juli 1851 in so weit, als dasselbe sich über zufällig etwa in Preußen befindende Mobilien zu erkennen nicht für befugt erklärt hat, verwirft an dessen statt erkennend, die gegen die Klage erhobene Einrede der Incompetenz auch wegen der in Preußen sich befindenden Mobilien, verwirft ebenfalls die Incident-Berufung, verordnet die Rückgabe der Strafgelder, verurtheilt die Appellaten in die Kosten beider Instanzen und weiset die Parteien in die erste Instanz zurück.

I. Senat. Sitzung vom 29. März 1853.

Advokaten: Müller — Kyll.

Anmerk. Der A. G. H. konnte durch dieses Urtheil nur die Frage entscheiden, welche und so wie sie ihm zur Entscheidung vorlag, nämlich: Ist das inländische Gericht competent über eine von einem Inländer angestellte Klage auf Theilung einer im Auslande eröffneten Erbschaft, hinsichtlich der im Inlande befindlichen resp. gelegenen Mobilien und Immobilien zu

erkennen? Er hat durch Annahme der Haupt- und Verwerfung der Incident-Berufung diese Frage in ihrem ganzen Umfange bejahet. Aber die Gründe des Urtheils scheinen noch über die zu entscheidende Frage hinaus zu reichen, indem es bei der dem Art. 14 des B. G. B. gegebenen Deutung in Bezug auf die Competenz der inländischen Gerichte, über die Theilung einer im Auslande eröffneten Erbschaft zu erkennen, nur darauf ankommt, daß der Inländer überhaupt nur einen durch eine Klage verfolgbaren Rechtsanspruch gegen den Ausländer hat. Hiernach wird also die Competenz des inländischen Gerichts bezüglich einer solchen Erbtheilungsklage weder auf die im Inlande befindlichen Nachlaßgegenstände beschränkt, noch auch durch den Umstand bedingt, daß sich dergleichen Nachlaßgegenstände im Inlande befinden. — Dieß auf den vorliegenden Fall angewendet, würde also der Prinzipal-Klage-Antrag auf Theilung der (ganzen) Mo- und Immobilar-Nachlassenschaft der Fräul. von Pollart zur Cognition des Königl. Landgerichts zu Aachen gehört, und von dem A. G. H. haben zugesprochen werden müssen, wenn derselbe von dem Hauptappellanten in der Berufungsinstanz wiederholt worden wäre.

Pflanzungs-Recht. — Gemeinde-Eigenthum.

Wenn auch einzelnen Mitgliedern einer Gemeinde bis dahin gestattet war, auf einer zum Gemeinde-Eigenthum gehörigen Wiese Bäume und Weiden zu pflanzen, und wenn auch das Eigenthum und die Benutzung der gepflanzten Bäume den Pflanzern verblieb, von ihnen veräußert und vererbt werden konnte, so ist doch anzunehmen, daß die Dauer des bewilligten Nutzungsrechts von dem Willen der Gemeinde abhängig blieb, und daß die Letztere in ihrer Dispositionsbefugniß und in der Wahl einer andern Benutzungsart, sobald sie eine solche in ihrem Interesse für angemessen hält, nicht beschränkt werde*).

Gemeinde Winden — Gemeinde Uedingen u. Cons. — Werner.

Also entschieden durch reformatorisches Urtheil des A. G. H.

I. Senat. Sitzung vom 19. Mai 1852.

Advokaten: Müller — Kyll — Widenmann.

---

*) Cf. Arch. Bd. 14. 1. 1 u. 4.

Strafverfahren. — Civileinreden. — Beweislast.

Macht ein Beschuldigter vor dem Strafrichter die Einrede: jure feci und wird von diesem behufs Geltendmachung seines Rechts vor den Civilrichter verwiesen, so wird die Frage der Beweislast lediglich nach der Natur der erhobenen Civilklage entschieden.

Franken — Gemeinde Bracheln.

Der Appellant Franken ward vor das Polizeigericht zu Geilenkirchen gestellt, beschuldigt, einen Gemeindeweg durch Einschlagen eines Pfahls verengt zu haben. Franken wandte ein, dieser Weg sei nicht ein Gemeindeweg, sondern sein Privateigenthum. Das Polizeigericht gab dem Beklagten nunmehr auf, seinem eventuellen Erbieten, im Civilwege gegen die Gemeinde seine Behauptung wahrzuhalten, durch Anstellung einer Klage nachzukommen. Appellat stellte diese Klage dahin an: „erkennen zu hören, daß der Fahrweg, welcher über den zwischen der mittlern und untern Mühle des Requirenten zu Bracheln gelegenen Damm führt, kein Gemeindeweg, sondern ein dem Kläger allein zugehöriger Fahrweg ist, der Kläger daher das Recht hat, über denselben, wie über sein sonstiges Eigenthum zu verfügen und namentlich denselben für jedes fremde Fuhrwerk zu sperren."

Franken behauptete vor dem Landgerichte, was er auch schon in der Ladung gethan, daß er nicht verpflichtet sei, den Grund seiner Klage zu beweisen, daß die Gemeinde vielmehr den Beweis ihres Eigenthums zu übernehmen habe. Durch Urtheil vom 4. Dezember 1851 erkannte das Landgericht, daß dem Kläger der Beweis der von ihm angestellten Klage obliege, und gab ihm in Folge hiervon auf, die Thatsachen, welche er zum Beweise aufstellen wolle, herauszuheben und in bestimmter Weise zu artikuliren.

Gegen dieses Urtheil legte Franken die Berufung ein und führte sein Anwalt, indem er auch noch den Beweis des Annalbesitzes vor der durch die Polizeibehörde bewirkten Störung erbot, zu deren Rechtfertigung an: Es handle sich hier nur von der Beweislast, diese aber müsse die appellatische Gemeinde aus zwei Gründen übernehmen: 1) die Polizeibehörde habe seinen Autor vor das Polizeigericht gestellt wegen

Versperrung eines Gemeindewegs und wolle ihm so, indem sie ihn, den Besitzer, zu einem Civilprozeß gedrängt, die Beweislast aufwälzen; Franken habe den Civilprozeß angestellt, um dem Polizeiurtheile zu genügen und unter ausdrücklicher Protestation gegen Uebernahme des Beweises; seine Klage sei eigentlich eine gegen die Gemeinde gerichtete Provokationsklage und habe bei dieser bekanntlich der Beklagte zu beweisen; 2) der Kläger sei selbst nach dem Zugeständniß der Gemeinde Besitzer gewesen zur Zeit, als er den Pfahl einschlug, und stehe ihm also der Satz zur Seite: possessio relevat ab onere probandi.

Der appellatische Anwalt antwortete darauf: ad 1) durch das Urtheil des Polizeigerichts ist dem Franken aufgegeben, die Civilklage zu erheben. Nirgends steht, daß, wenn er dieser Auflage nachkomme, dann für seine Klage die gewöhnliche Regel der Beweislast eine Aenderung erleide. Wenn er das dadurch bewirken wollte, daß er einen Vorbehalt hinsichtlich der Beweislast in der Ladung machte, so war dies nur eine protestatio facto contraria, er hätte müssen von dem Polizeiurtheile appelliren und den Satz durchsetzen, daß die Gemeinde ihm gegenüber die Klage beim Civilrichter anzustellen und demzufolge den Beweis zu übernehmen habe. Man kann sich das Polizeiverfahren als mit dem Civilverfahren ein und denselben Prozeß bildend denken; dann erscheint Franken als der reus qui excipiendo fit actor *), seine Klage nicht als Provokationsklage, als welche sie gar nicht zulässig wäre, sondern vielmehr als Präjudizialklage, die aber umsomehr als für sich selbstständig betrachtet werden muß, als sie nach den Regeln der Competenz bei einem andern Richter anzustellen war, als bei welchem die Hauptsache anhängig ist. ad 2) der Besitz des Franken ist gestört durch den Verbalprozeß **), den die Behörde aufgenommen hat; er kann nicht mehr sagen, possessio relevat ab onere probandi. Der erbotene Beweis des Annalbesitzes ***), ist auch irrelevant. Franken vindizirt gegen einen Besitzstörer und hat den Vindikationsbeweis zu führen, hätte er sich im Besitz halten und die Last der Klage und des Beweises auf die Gemeinde wälzen wollen, so hätte er sich vom Polizeirichter müssen zu

---

*) Sir. 28. 1. 397.
**) Sir. 35. 1. 270.
***) Sir. 30. 2. 496.

einer Besitzklage autorisiren lassen, was aber nicht ging, da der Polizeiklage nicht durch den Besitz, sondern nur durch das Eigenthum an dem Wege konnte begegnet werden; wie denn auch die Exception des Klägers dahin ging, ich bin Eigenthümer des Wegs und werde das beweisen. Die Richtigkeit der Entscheidung des ersten Richters ergiebt sich auch aus dem französischen Code forestier art. 182 und dem Gesetze vom 31. Januar 1845. §. 1, indem dort den Civileinreden nur Kraft beigelegt ist, wenn sie von dem Beklagten hinreichend bescheinigt werden, ein Zeichen also, daß beide Gesetze vom zukünftigen Civilkläger den Beweis fordern.

Der A. G. H. verwarf die Berufung durch folgendes

Urtheil:

I. E., daß bei der hier allein im Streit befangenen Frage: welcher von den Parteien die Beweislast obliege? lediglich die Natur der angestellten Klage maaßgebend sein kann, nicht aber die spezielle Veranlassung zu dem Processe, oder der nächste Zweck, der durch denselben erreicht werden soll;

Daß es daher hier ganz gleichgültig erscheint, ob Appellant durch die bei dem Polizeigericht zu Gailenkirchen gegen ihn eingeleitete Procedur zur Anstellung gerade dieser Klage genöthigt war, oder nicht, oder ob er sich vor dem Polizeigerichte anders oder besser habe vertheidigen können, oder, endlich, welchen Einfluß sein Obsiegen oder Unterliegen mit der gegenwärtigen Klage auf jene Procedur haben mag;

Daß die Natur der gegenwärtigen Klage vom ersten Richter ganz richtig als eine Vindikationsklage erkannt worden ist, indem das Petitum derselben im Einklang mit den Klagegründen ausdrücklich darauf gerichtet ist, daß der streitige Weg als dem Kläger allein und ausschließlich zugehörig erkannt werden möge;

Daß hieran der zunächst gestellte Antrag: „es möge entschieden werden, daß der fragliche Weg kein Gemeindeweg sei,“ nichts ändern kann, theils weil dieses Petitum, wie bei jeder Vindikationsklage, wegen der Ausschließlichkeit des Eigenthumsrechtes im Allgemeinen mit dem Hauptantrag auf Zuerkennung des Eigenthums zusammenfällt, theils weil dieses Petitum nur auf die für die gegenwärtige Frage unerhebliche Veranlassung zu dem Processe zurückführt;

Daß daher dem Appellanten mit Recht der Beweis seiner Klage aufgegeben worden ist, und der jetzige Subsidiar-

Antrag auf Zulassung zum Beweise über den Annalbesitz schon um deswillen keine Berücksichtigung finden kann, weil Appellant eben die petitorische und nicht die possessorische Klage gewählt hat.

Aus diesen Gründen

verwirft der A. G. H. die gegen das Urtheil des Königl. Landgerichts zu Aachen vom 4. Dezember 1851 eingelegte Berufung und verurtheilt den Appellanten in Strafe und Kosten.

II. Senat. Sitzung vom 31. März 1853.

Advokaten: Nacken — von Hontheim.

Appellabler Gegenstand. — Collocationsverfahren.

Im Collocationsverfahren vertritt der Einspruch die Stelle der Klage. — Objekt des Rechtsstreites, resp. des Einspruchs ist daher der Vortheil, welchen der opponirende Gläubiger von der Beseitigung der Forderung des oder der Opposíten zu erwarten hat. — Wird also im Wege der Opposition einer collocirten Forderung, welche keine 1000 Francs beträgt, der Vorzug bestritten, so ist eine Summa appellabilis für den in erster Instanz abgewiesenen Opponenten nicht vorhanden, (wenn auch dessen Forderung 1000 Francs übersteigt). *)

Schiffmann — Schmitz.

Urtheil:

J. E., daß bei der besondern Bewandtniß des Collocationsverfahrens zuerst mit dem Einspruche gegen den provisorischen Locationsstatus ein eigentliches Parteiverhältniß unter bestimmten Personen eintritt und sich ein wirklicher Streitgegenstand bildet, über welchen das Gericht zu erkennen hat;

Daß unter solchen Umständen die Stellung dieses Einspruches der Stellung der Klage analog erscheint, und da grundsätzlich die Zulässigkeit der Berufung nach dem Gegenstande der letztern zu beurtheilen ist, der Gegenstand des Einspruches vorliegend für diese Beurtheilung als maaßgebend erachtet werden muß;

Daß nach der Natur des durch die Opposition eingeführten

*) Vergl. Arch. 16. 1. 225. ff. — 17. 1. 17 u. 251. — 20. 1. 190. — 26. 1. 147 u. 249. — 29. 1. 283.

Rechtsstreites nur derjenige Vortheil als das Object desselben betrachtet werden kann, welchen der opponirende Gläubiger von der Beseitigung einer oder mehrerer anderen der seinigen im Range vorgesetzten Forderungen desjenigen oder derjenigen Gläubiger, gegen welche der Einspruch gerichtet ist, abzusehen hat und dessen Erlangung letzterer bezweckt;

Daß die Appellanten, indem sie der Forderung der Appellatin den ihr in dem Locationsplane angewiesenen Vorrang bestreiten, den Vortheil für sich in Anspruch nehmen, der aus dem Ausscheiden der appellatischen Forderung an der präferentiellen Stelle den nachlocirten Gläubigern zufallen würde, sonach der Betrag dieser Forderung den Umfang des Streitgegenstandes im Beginnen des Rechtsstreites, wie noch jetzt, genau bezeichnet;

Daß die Forderung der Appellatin mit Einschluß der Zinsen, so weit dieselben hier in Berechnung zu bringen, und der Productionskosten, den Betrag von 1000 Francs nicht übersteigt und somit ein die Zulässigkeit der Berufung bedingender Gegenstand nicht vorhanden ist.

Aus diesen Gründen

erklärt der A. G. H. die Berufung von dem Urtheile des Kgl. Landgerichts zu Bonn vom 30. Juni v. J. für unannehmbar und verurtheilt die Appellanten in die Kosten zweiter Instanz und in die Succumbenzstrafe.

II. Senat. Sitzung vom 2. April 1853.

Advokaten: Mack — Herbertz.

Anmerk. Nach den in diesem Urtheile ausgesprochenen Grundsätzen wird anzunehmen sein, daß:

1) wenn ein Gläubiger opponirt und appellirt, weil seine Forderung als ganz oder theilweise nicht gerechtfertigt von der Collocation ausgeschlossen, und in erster Instanz seine Opposition verworfen worden ist, die Höhe seiner eigenen Forderung den Maaßstab für die Berufbarkeit abgebe;

2) wenn ein Gläubiger opponirt, weil die Forderung eines andern Gläubigers überhaupt aufgenommen, oder auch weil sie seiner Forderung vorlocirt worden, nicht nur die Forderung des Opponenten, sondern auch die des Oppositen, 1000 Francs übersteigen müsse, um die Berufbarkeit für den in erster Instanz zurückgewiesenen Opponenten zu begründen.

Sollten nicht auch analog dieselben Grundsätze zur Anwendung kommen müssen, wenn die Opposition in dem einen oder in dem andern Falle in erster Instanz angenommen worden ist, und nun von einem andern Gläubiger hiergegen die Berufung ergriffen wird? Tritt dieser dann nicht als Appellant in die Stellung eines Opponenten gegen den durch das erstrichterliche Urtheil abgeänderten Status?

Kaufvertrag. — Cessionar. — Resiliation. — Meliorationen. — Schadensersatz.

Der Cessionar, welcher wegen Nichtzahlung des ihm cedirten Kaufpreisrestes auf Resiliation des resp. Kaufvertrages klagt, kann nicht durch das die Resiliation aussprechende Urtheil dem verklagten Käufer gegenüber zur Erstattung der von demselben an den ursprünglichen Verkäufer geleisteten Abschlagszahlungen verurtheilt werden, ohne daß gleichzeitig der Käufer zur Räumung der resp. Immobilien verurtheilt wird.

Die Resiliation bewirkt eine resolutio ex tunc dergestalt, daß der Käufer, gegen welchen sie ausgesprochen wird, wegen etwaiger Meliorationen keinen Anspruch auf Erstattung derselben, sondern nur ein jus tollendi hat.

Die Beweise über den mit der Resiliationsklage verbundenen Anspruch auf näher zu liquidirenden Schadenersatz sind erst in dem Liquidationsverfahren zu articuliren.

Wrede — Grau.

Eheleute Sarter zu Bonn hatten laut Notarialakt vom 26. October 1844 an den Appellaten Grau ein Wohnhaus nebst Garten und Zubehörungen für den Preis von 2500 Thlr. verkauft, von welchen sie den Kapitalbetrag von 1500 Thlr. nebst Zinsen „und allen ihnen deshalb zustehenden Rechten, Klagen und Ansprüchen" an den Appellanten Wrede cedirt. Nach mehreren Sommationen erhob der Letztere in seiner Eigenschaft als Cessionar wegen Nichtzahlung des resp. Kaufpreises und rückständiger Zinsen gegen Grau eine Klage am Königl. Landgericht zu Bonn auf Resiliation des qu. Kaufvertrags und näher zu liquidirenden Schadensersatz. Der Beklagte setzte der Resiliationsklage keinen Widerspruch entgegen, verlangte aber reconveniendo, daß Kläger verurtheilt werde, ihm 1) eine Summe von 1000 Thaler, welche Verklagter an die ursprünglichen Verkäufer Sarter abschläglich auf den Kaufpreis gezahlt zu haben behauptete, abzüglich des Betrages von 255 Thaler für rückständige Zinsen, 2) die Kosten ver-

schiedener angeblich von ihm ausgeführten Neubauten resp. den durch Meliorationen erzielten Mehrwerth von 2405 Thaler, worüber er Beweise erbot, zu erstatten.

Wrede beantragte die Abweisung dieser Reconvention, weil Frau die angeblichen Abschlagszahlungen nur von den Eheleuten Sarter zurückverlangen könne, und wegen der angeblichen Meliorationen nur ein jus tollendi habe. Urtheil des Landgerichts vom 12. Dezember 1852: „erklärt den Kaufvertrag für aufgelöst; verurtheilt den Kläger schon jetzt zur Erstattung des vom Verklagten an die Eheleute Sarter gezahlten Kaufschillings von 1000 Thaler, abzüglich des schuldigen Zinsbetrages von 255 Thaler;" und läßt vor weiterer Entscheidung den Verklagten zum Beweise durch Schriften, Zeugen und Sachverständige über die qu. Neubauten und den resp. Mehrwerth zu.

Die Gründe dieses Urtheils sind: — daß Kläger als Cessionar der Eheleute Sarter ein ihm von diesen ausdrücklich übertragenes Recht geltend mache, folgeweise auch deren Verpflichtung, den bereits gezahlten Kaufpreis zu erstatten, übernehmen müsse; daß, die Meliorationen betreffend, Kläger durch die Resiliation nichts mehr bezwecken könne, als die vollständige Befriedigung für den ihm cedirten Kaufschilling von 1500 Thaler nebst Zinsen zu erhalten, also nicht berechtigt sei, die Neubauten resp. den Mehrwerth ohne Ersatz zu behalten. —

Berufung Seitens des Klägers, und Incidentberufung Seitens des Verklagten, welcher verlangt noch zum Beweise über verschiedene weitere Meliorationen außer den in I. Instanz articulirten zugelassen zu werden. Zur Rechtfertigung der Hauptberufung wurde ausgeführt: —

1) Appellant habe die Resiliationsklage angestellt als Cessionar der Eheleute Sarter, — seine Stellung gegenüber dem Appellaten sei also nur die eines procurator in rem suam; er müsse sich allerdings, wenn er die Räumung verlange, die Einrede gefallen lassen, daß dem Appellaten die erweislich an Sarter geleisteten Abschlagszahlungen zu restituiren seien, — nicht aber sei er in dieser Beziehung in die Verbindlichkeit der Eheleute Sarter dergestalt eingetreten, daß er auf diese Rückerstattung mittelst einer Klage oder Widerklage direct belangt werden könne.

2) Abgesehen hiervon hätten die ursprünglichen Verkäufer selbst nicht „schon jetzt“ zur Rückzahlung verurtheilt werden können. Die Resiliation begründe ja eine zweiseitige Verbindlichkeit, und zwar im vorliegenden Falle vorerst auf Seiten des Käufers die Verbindlichkeit zur Restitution der qu. Immobilien nebst Früchten und Schadenersatz — und dagegen auf Seiten der Verkäufer die Verbindlichkeit zur Restitution der Abschlagszahlungen. Nun habe Käufer hier seine eigene Verbindlichkeit noch nicht erfüllt, sei auch nicht dazu verurtheilt, — könne also keinesfalls „schon jetzt“ die Rückzahlung der angeblichen Abschlagszahlungen verlangen.

3) Der Beweis der angeblichen Meliorationen sei irrelevant. Die Resiliation bewirke eine resolutio ex tunc. Appellat sei nicht bonae fidei possessor im Sinne des Art. 555 l. c. da er ja alle Früchte ersetzen müsse, und stets gewußt habe, daß seine mora die gänzliche Aufhebung des Kaufes zur Folge haben werde. Er müsse demnach die Immobilien in dem frühern Zustande zurückliefern.

4) Der Antrag auf näher zu liquidirenden Schadenersatz hätte schon in 1. Instanz müssen zuerkannt werden; ein Schade liege ja für den Kläger schon in der fortgesetzten Entbehrung des Besitzes und Genusses der qu. Immobilien. Speziellere Beweise seien erst im Liquidationsverfahren zu articuliren.

Seitens des Appellaten wurden die Gründe des ersten Richters entwickelt, und insbesondere auszuführen gesucht, daß Appellat als bonae fidei possessor zu behandeln sei.

Urtheil:

J. E., daß die Resiliationsklage, welche der Appellant als Cessionar der Verkäufer Eheleute Sarter, und subrogirt in deren Rechte, gegen den Appellaten angestellt hat, auf einem untheilbaren Rechtsgeschäfte beruht, der Appellant mithin, indem er in seinem persönlichen Interesse die Auflösung desselben verlangt, ganz in die Rechte der ursprünglichen Verkäufer tritt, eben so aber auch ganz deren Verpflichtungen zu erfüllen hat;

Daß schon in dem bloßen Erkenntniß auf Resiliation für beide Theile die stillschweigende Verpflichtung zur Restituirung des vertragsmäßig Empfangenen liegt;

Daß daher der Anspruch des Appellaten auf Erstattung des bereits gezahlten Theiles des Kaufpreises in gleichem

Maaße, wie jener des Appellanten auf Rückgabe der Sache dadurch begründet wird;

Daß dagegen die Beschwerde des Appellanten insoweit gegründet erscheint, als durch das angegriffene Erkenntniß seine einseitige und sofortige Verurtheilung zur fraglichen Kaufpreis-Erstattung ausgesprochen worden, während, um beide Theile in die Lage vor geschlossenem Verkaufsgeschäfte zurückzuversetzen, die beiderseitigen Verpflichtungen Zug um Zug zu erfüllen sind;

So viel die vom Appellanten bestrittene Ersatzpflicht der Meliorationen betrifft;

J. E., daß Kraft des Eintritts der jedem zweiseitigen Vertrage für den Fall seiner Nichterfüllung inhärirenden Resolutiv-Bedingung das eingegangene Rechtsgeschäft seit seinem Entstehen und mit der Wirkung aufgehoben wird, als wenn dasselbe niemals geschlossen worden wäre;

Daß hiernach der Appellant als Cessionar der Verkäufer das Recht hat, die verkaufte Sache so zurück zu empfangen, wie dieselbe dem Appellaten ursprünglich überliefert wurde;

Daß die Widerruflichkeit des Vertrags nicht in einem von dem Willen des Appellaten unabhängigen und unvorhergesehenen Ereignisse, sondern in seinem eigenen Vertragsbruche ihren Grund hat, der Appellat daher während seines zwischenzeitlichen Besitzes stets in der Lage war, die aus der Unterlassung seiner contractlichen Verbindlichkeit entspringenden Folgen zu kennen, und wenn er demungeachtet auf dem angekauften Grundstücke bauliche Anlagen und Pflanzungen vornahm, hierdurch wissentlich sich in die Gefahr des Verlustes seiner Verwendungen setzte;

Daß er mithin einem drittevinzirten Besitzer, der in dem guten Glauben seines vermeintlichen Eigenthums dergleichen Anlagen vornimmt, in keiner Weise gleichgestellt werden kann, hieraus aber von selbst folgt, daß der Appellant als Eigenthümer des Grund und Bodens befugt ist, entweder die Anlagen gegen Ersatz beizubehalten, oder den Appellaten zu deren Wegnahme zu nöthigen;

Daß demnach, da der Appellant unter Widerspruch der gegenseitigen Ersatzforderung, auf Herausgabe des Verkaufs-Objectes in seinem frühern Zustande besteht, auf die vom ersten Richter verordnete Beweisaufnahme nicht erkannt werden durfte, und hiermit zugleich die Incidentberufung

welche die Vervollständigung jener Beweisaufnahme bezweckt, von selbst zerfällt;

Daß endlich über den Antrag des Appellanten auf Schadenersatz vom ersten Richter gar nicht erkannt, ein solcher Schade gleichwohl ausdrücklich articulirt, und kein zureichender Grund zu dessen Aberkennung vorhanden ist;

Aus diesen Gründen

ändert der Königl. Rh. A. G. H. das Urtheil des Königl. Landgerichts zu Bonn vom 21. December 1852, in soweit dasselbe auf die Widerklage des Appellaten erkannt, und denselben nicht zum Schadenersatz verurtheilt hat, ab, erklärt, an dessen Statt erkennend, den Appellanten zur Zahlung der Reconventionssumme von 745 Thaler nur gegen Räumung der im Kaufakt vom 26. October 1844 beschriebenen Immobilien von Seiten des Appellaten, und zwar in einem so guten Zustande als demjenigen zur Zeit des Verkaufs, so wie gegen Ersatz des vom Appellanten etwa nachzuweisenden Schadens verpflichtet, weiset den Appellaten mit seinem Antrag auf Vergütung der auf das Kaufobject verwendeten Meliorationen, resp. Erstattung der desfallsigen Kosten, unter Vorbehalt seines Rechts zur Wegnahme der darauf bezüglichen Anlagen, ab, erklärt hierdurch seine Incidentberufung für erledigt, — verurtheilt sodann den Appellaten in den dem Appellanten durch die Auflösung des Kaufvertrags entstandenen Schaden, und verweiset die Parteien zum Zweck desfallsiger Liquidation und weiterer Auseinandersetzung zur ersten Instanz zurück, legt endlich die bisherigen Kosten beider Instanzen dem Appellaten zur Last, und verordnet die Rückerstattung der Geldbuße.

I. Senat. Sitzung vom 5. April 1853.

Advokaten: Rübsahmen — Bagedes.

Incompetenz der Gerichte. — Gemeindenutzungen. — Servitut.

Die Gerichte sind incompetent zur Entscheidung über Streitigkeiten wegen Vertheilung von Gemeindenutzungen. § 4 des Ressortreglements.

Aus der Thatsache, daß seit unvordenklicher Zeit,

selbst vor Einführung des A. G. B. die jährlichen Nutzungen eines Gemeindewaldes in Loose gesetzt und letztere auf die vorhandenen Häuser in der Gemeinde vertheilt worden sind, folgt noch kein Servitutrecht dieser Häuser; die Vermuthung ist dafür, daß die Hausbesitzer die Nutzungen kraft ihrer Gemeindeangehörigkeit beziehen.

Gemeinde Morschenich — Jansen.

Der Pfarrer Jansen erhob bei dem Landgerichte in Aachen gegen die Gemeinde Morschenich eine Klage dahin:

das Pfarramt zu Morschenich als Besitzer des dasigen Pfarrhauses berechtigt zu erklären, jährlich aus dem Morschenicher Gemeindewald, genannt Bürge, zwei Holzloose zu beziehen.

Die Klage wurde auf die Behauptung gestützt, daß die jährlichen Nutzungen des Gemeindewaldes in Loose eingetheilt, diese aber nicht an die einzelnen Gemeindemitglieder als solche, sondern nach Feuerstellen vertheilt wurden, wobei das Pfarrhaus stets zwei Loose bezogen habe; mit Unrecht habe die Gemeinde diese Art der Benutzung abgeändert, indem sie dem Pfarrer das eine Loos gar nicht geliefert, und den Bezug des andern von der Entrichtung eines auf Grund der Allerh. Kabinetsordre vom 27. October 1839 eingeführten Einzugsgeldes abhängig mache.

Die Gemeinde bestritt das Daseyn eines besondern dinglichen Rechtes des Pfarrhauses und führte an, die Holznutzungen seien stets auf diejenigen Gemeindeeinwohner, welche einen selbstständigen Haushalt führten, vertheilt worden; hierbei habe der Pfarrer öfters, jedoch nur mißbräuchlich, zwei Loose erhalten; von dem gegenwärtigen Pfarrer, als einem Neueinziehenden, könne das Einzugsgeld mit Recht gefordert werden, was auch bereits im Verwaltungswege auf die Beschwerde des rc. Jansen entschieden sei.

Durch Urtheil vom 20. Dezember 1851 erwog das Landgericht, daß ein besonderes dingliches Recht des Pfarramts nicht vorliege, der frühere Bezug von einem oder zwei Holzloosen vielmehr auf demselben Rechtsgrunde beruhe, wie die an die übrigen selbstständigen Haushaltungen vertheilten Holznutzungen; daß es indessen bei der ewigen Fortdauer des Pfarramts ungerechtfertigt sei, den jeweiligen Pfarrer als Neuanziehenden

im Sinne des Allerh. Ordre von 1839 zu betrachten; übrigens erscheine der Anspruch des Pfarrers nur für ein Loos begründet.

Demzufolge wurde der Pfarrer berechtigt erklärt, aus dem Gemeindewalde, solange die bestehende Art der Benutzung nicht gültig abgeändert sei, jährlich ein Loos zu beziehen.

Hiergegen Hauptberufung Seitens der Gemeinde, worin sie anführte, der Richter a quo habe sich einer mutatio libelli schuldig gemacht, indem er über eine Betheiligung an Gemeindenutzungen entschieden habe, während auf Anerkennung einer Servitut des Pfarrhauses geklagt sei; die Gerichte seien übrigens auch nicht befugt, über Ansprüche der ersteren Art zu entscheiden.

Mittelst der Incidentberufung reclamirte der Pfarrer Jansen auch das zweite Loos, und erbot sich unter anderen zu dem Beweise:

daß von jeher, event. 30 Jahre, ja seit unvordenklicher Zeit vor Einführung des B. G. B. die Nutzungen des Gemeindewaldes Bürge in Loose gesetzt, und diese auf die vorhandenen Feuerstellen in der Art vertheilt worden seien, daß, während jedes andere Haus ein Loos erhalten, das Pfarrhaus deren zwei bezogen habe.

Der Anwalt der Hauptappellantin hielt die zum Beweis erbotenen Thatsachen für unerheblich, weil daraus nicht die Existenz einer Servitut des Pfarrhauses folge, vielmehr anzunehmen sein würde, daß die Hausbesitzer die Loose nur kraft des Gemeindeverbandes und als Gemeindeangehörige erhalten hätten; damit der Schluß auf das Daseyn einer Servitut der einzelnen Häuser gerechtfertigt sei, müßten die besonderen Kriterien nachgewiesen werden, welche dieses Rechtsverhältniß vor den lediglich aus dem Gemeindeverbande herfließenden und der gegenwärtigen Klage fremden Berechtigungen auszeichneten.

Es erging folgendes mit der Ansicht der Staaatsbehörde übereinstimmendes

Urtheil:

I. E., daß die Klage des Pfarrers Jansen vom 17. October 1851 zwei, jährlich aus dem Morschenicher Gemeindewalde zu beziehende Holzloose ausdrücklich als ein dem Pfarramte zu Morschenich, als Besitzer des dortigen Pfarrhauses, zustehendes Gerechtsam in Anspruch nimmt, wogegen die verklagte

Gemeinde die Existenz dieses Gerechtsams als eines solchen bestreitet und behauptet, daß dem zeitigen Pfarrer nur als Gemeindemitglied ein Anspruch auf diesen Holzbezug zustehe und daß er sich daher gleich den übrigen Gemeindemitgliedern die allenfallsigen gesetzlichen oder sonst von der Gemeindeverwaltung beliebten Beschränkungen und Modalitäten in der Benutzung des fraglichen Gemeinde-Eigenthums gefallen lassen müsse;

Daß nach diesen Erklärungen der Parteien der Gegenstand des Streites genau gegeben und seine Grenzen klar fixirt waren, diese aber von dem judex a quo insofern verkannt worden sind, als er von der Behauptung des Klägers abgehend und die Auffassungsweise der Beklagten zu der seinigen machend, dem Kläger nicht als Servitutberechtigten, sondern als gleich Berechtigten mit den übrigen Gemeindemitgliedern dasjenige in quali zugesprochen hat, was derselbe gleichwohl nicht in letztgedachter Eigenschaft gefordert hatte und auch nicht wohl hätte fordern können, weil bei einer solchen Begründung seiner Klage nach §. 4 des Ressortreglements vom 20. Juli 1818 die Gerichte über einen derartigen Anspruch eines Gemeindemitgliedes zu erkennen incompetent gewesen sein würden;

J. E., daß, wenn nun das Recht des klagenden Pfarrers in der Klage selbst als eine zu Gunsten des Pfarrhauses auf dem Gemeindewalde haftende Dienstbarkeit qualificirt wird, die Möglichkeit der rechtlichen Existenz einer solchen für sich und unabhängig von dem Willen des Eigenthümers des dienenden Grundstücks bestehenden Dienstbarkeit, wenigstens nach deutschem Rechte nicht zu bezweifeln ist, indem weder die verschiedenen Modificationen, wie sie bei Ausübung der hier fraglichen Rechte vorzukommen pflegen, als namentlich die Abführung des Holzes vom Walde, die Art der Vertheilung desselben u. s. w. — noch die besondern Verhältnisse des servitutberechtigten Subjects, wohl nach den strengern Grundsätzen des römischen Rechts, nicht aber nach deutschen Rechtsbegriffen das Wesen eines solchen Rechtes, als einer Prädial-Servitut, zu ändern vermögen;

J. E., daß bei dem gegnerischerseits erfolgten Bestreiten des Rechts des klagenden Pfarramts letzteres dasselbe zu beweisen hat;

Daß ein Titel für dasselbe weder behauptet, noch hat vor-

gelegt werden können, auch in dem Dekrete vom 31. October 1804 in keiner Weise zu finden ist;

Daß ebenwenig der bis zur neuesten Zeit zugestandenermaaßen stattgehabte Besitz für das klägerische Recht etwas beweisen kann, weil derselbe ebenwohl für einen Ausfluß des von der Verklagten aufgestellten Rechtsverhältnisses gelten kann;

Daß daher, und da das fragl. Gerechtsam unter die Bestimmung des Art. 691 des B. G. B. fällt, nur der Beweis eines 30jährigen Besitzes desselben, als eines besondern dem Pfarrhause selbstständig anklebenden Rechts vor dem Jahre 1804 genügen würde;

J. E., daß nun Kläger zwar den Beweis darüber erbietet, daß seit Menschengedenken schon vor 1804 eine jährliche Vertheilung der Nutzungen des Morschenicher Gemeindewaldes in der Art stattgefunden habe, daß dabei ein Loos auf jede Feuerstelle und zwei Loose auf das Pfarrhaus gefallen seien;

Daß jedoch diese Thatsache, ihre Richtigkeit unterstellt, nicht mit Nothwendigkeit den Schluß darauf zuläßt, daß sie in Folge eines wirklichen Servitutrechts stattgefunden, vielmehr ebensogut und noch eher auf das Vorhandensein eines derartigen Rechtsverhältnisses, wie es von der Gemeinde behauptet wird, würde schließen lassen;

Daß somit der erbotene Beweis für irrelevant zu erachten ist, und demgemäß auf die Hauptberufung die angehobene Klage abgewiesen werden muß, hiernach aber die nur das Quantum betreffende Incidentberufung sich von selbst erledigt;

Aus diesen Gründen

reformirt der Königl. Rh. A. G. H. unter Verwerfung der Incidentberufung und auf die Hauptberufung, das Urtheil des Königl. Landgerichts zu Aachen vom 20. December 1851 und weis't, an dessen Statt erkennend, die angehobene Klage des Appellaten und Incidentappellanten als unbegründet ab, unter Verurtheilung desselben in die Kosten beider Instanzen und unter Verordnung der Rückgabe der hinterlegten Succumbenzgelder.

III. Senat. Sitzung vom 23. Februar 1853.

Advokaten: Herbertz — Esser I.

Domicil élu. — Zahlungsbefehl für die Kosten. — Appellact. — Nichtigkeit.

Das in einem Zahlbefehl für die Kosten gewählte Domicil verliert durch die freiwillige Zahlung jener Kosten seine rechtliche Wirksamkeit. Es kann daher in jenem domicil élu der Appellact nicht ferner mit Gültigkeit zugestellt werden.
Art. 584 der B. P. O.

Gemeinde Zingsheim — Keller.

Keller hatte wider die Gemeinde Zingsheim eine Vindicationsklage angestellt, obgesiegt, und der letzteren unter Domicil-Wahl bei einem gewissen Weiskopf Zahlbefehl für die Kosten machen lassen.

Die Gemeinde zahlte am 1. Juli freiwillig unter vorbehalt der Berufung, stellte sodann am 6. September den Berufungsact wirklich, und zwar im Domicil bei Weiskopf zu.

Diesen Appellact griff Keller als nichtig an, weil das Domicil, nur für die Dauer der Poursuite gewählt, mit dieser resp. der freiwilligen Kostenzahlung ihr Ende erreicht, und zur Zeit der Berufung, 6. September, gar nicht mehr existirt habe; wogegen der appellantische Anwalt behauptete, daß das domicil élu der Art. 584 der B. P. O. für die ganze Dauer der Appellfrist bestehe, und daß das Gesetz die Zustellung des Appellacts daselbst unbedingt und ohne Restriction gestattet habe.

Der Hof entschied nach Anhörung des öffentlichen Ministeriums, das sich dem Antrage auf Vernichtung des Appellacts anschloß, wie folgt:

J. E., daß die Vorschrift des Art. 584 der B. P. O., nach welcher der zum Zwecke einer Mobilarpfändung zugestellte Zahlungsbefehl, wenn der Gläubiger nicht in der Gemeinde wohnt, in welcher die Execution erfolgen soll, die Wahl eines Domicils in dieser Gemeinde enthalten soll, in dem Interesse des gepfändeten Schuldners ergangen ist, damit nämlich derselbe um so leichter, die Mittel anwenden könne, welche ihm zu der Beseitigung des gegen ihn eingeleiteten Executionsverfahrens zu Gebote stehen;

Daß demgemäß auch die erfolgte Wahl eines solchen Domicils, der bezogenen Vorschrift zufolge, sich bis zum Ende des betreffenden Executionsverfahrens erstrecken muß;

Daß nun in dem vorliegenden Falle der Appellat am 17. Juni 1852, das gegen die appellantische Gemeinde am 10. Januar 1852 bei dem Königl. Landgerichte zu Aachen erstrittene Urtheil, derselben mit der Aufforderung hat zustellen lassen, die durch dasselbe ihr zur Last gestellten Kosten zur Summe von überhaupt 256 Thlr. 19 Sgr. 2 Pf. zu zahlen, oder aber die Pfändung ihres Mobilar-Vermögens zu gewärtigen;

Daß hierauf und zwar in dem Laufe des Monats Juli 1852, die appellantische Gemeinde den von ihr geforderten Kostenbetrag, unter dem Vorbehalte jedoch der Berufung gegen das Urtheil vom 10. Januar 1852, an den Appellaten gezahlt hat;

Daß, durch diese Zahlung, das in dem Zahlungsbefehle vom 17. Juli 1852 angedrohte Executionsverfahren sein Ende erreichte und erledigt wurde, und daß damit auch die in demselben, für die Dauer desselben bei dem Ackerer Weiskopf zu Zingsheim, für den Appellaten enthaltene Wahl eines Domicils, für die Zukunft ihre rechtliche Wirksamkeit verloren hat;

Daß daher auch die erst am 6. September 1852 auf das Betreiben der Gemeinde Zingsheim erfolgte Berufung nicht mehr, so wie geschehen, in dem bei Weiskopf gewählten Domicil zugestellt werden konnte, sondern der Vorschrift des Art. 456 der B. P. O. gemäß, und zwar bei Strafe der Nichtigkeit, in dem wirklichen Domicil des Appellaten behändigt werden mußte.

Aus diesen Gründen

vernichtet der Königl. Rh. A. G. H. den Berufungsact vom 6. September 1852 und verurtheilt die appellantische Gemeinde Zingsheim in die Kosten.

III. Senat. Sitzung vom 21. April 1852.

Advokaten: Widenmann — Wallraf.

Cumulation der Klagen. — Cessionarien. — Landgerichtliche Competenz.

Eine Klage, welche von mehrern Cessionarien eines Gläubigers gegen den *debitor cessus* angestellt wird, ist keine cumulirte Klage. — Es kann ihr daher aus dem Grunde, daß der einzelne Cessio-

nar nur für eine zur friedensrichterlichen Competenz gehörige Rate an der gesammten Forderung betheiligt sei, die Einrede der Incompetenz des Landgerichts nicht entgegengesetzt werden, und dieß um so weniger, wenn auf Verurtheilung zur Zahlung in die Hände eines gemeinschaftlichen Mandatars angetragen wird.

Boden u. Cons. — Heimbach.

Heimbach verschuldete dem Boden laut zweier Schuldscheine 500 Thlr. Schuhmacher war Universallegatar des Boden und cedirte die fragliche Forderung an acht Verwandte des Boden, die heutigen Kläger und Appellanten. Als diese bei dem Königl. Landgerichte zu Aachen, indem sie Einen unter ihnen als zur Empfangnahme legitimirt bezeichneten, die Forderung gemeinschaftlich einklagten, wurde ihnen von Heimbach die Einrede der Incompetenz entgegengesetzt, weil der Antheil jedes einzelnen Klägers weniger als 100 Thlr. betrage, und die Klage daher vor das Friedensgericht gehöre, indem eine Cumulation mehrerer, verschiedenen Personen angeblich zustehender Forderungen auf die Competenz von keinem Einflusse sein könne.

Das Königl. Landgericht zu Aachen ging in dieses System ein und erklärte sich durch sein Urtheil vom 19. Januar 1853 zu dieser Sache für incompetent, indem es erwog, daß die Forderung weder auf einem Solidarverhältnisse beruhe, noch eine untheilbare sei, mithin jeder der Kläger dem Verklagten nur für seinen Antheil gegenüber stehe; daß, wenn auch im Allgemeinen die Cumulation mehrerer Klagen nirgend untersagt sei und zur Kosten-Ersparniß häufig zweckmäßig erscheinen möge, doch dadurch weder die gesetzlich begründete Competenz, noch auch die prozessualische Lage der streitenden Theile zum Nachtheile des Widersprechenden alterirt werden könne, welches letztere aber der Fall sein würde, wenn eine Partei ihres Widerspruchs ungeachtet, wie vorliegend, in die Lage gebracht werden könnte, eine Instanz zu verlieren, worauf sie gesetzlich einen Anspruch habe.

Auf die Berufung der Kläger reformirte der A. G. H. jedoch diese Entscheidung, in Uebereinstimmung mit dem Antrage des öffentl. Ministeriums durch folgendes

Urtheil:

J. E., daß die durch Ladung vom 1. December v. J. angestellte, auf Bezahlung einer Totalsumme von 500 Thlr. gerichtete Klage, nach ihrem Gegenstande unzweifelhaft zur Competenz des Gerichts erster Instanz gehörte;

Daß die Appellanten als Cessionarien der Erben des angeblichen Gläubigers diese Forderung als eine gemeinschaftliche geltend machen und selbst auf Vertheilung zur Zahlung in die Hände eines gemeinschaftlichen Mandatars antragen, so daß Appellat in der Lage sein würde, durch einen einzigen Act vollständig sich zu liberiren;

Daß hiernach eine Cumulation verschiedener Klagen nicht vorliegt und das Auftreten mehrerer Kläger und deren Betheiligung oder Interesse an dem Resultate der Condemnation auf die Competenzfrage keinen Einfluß äußert, diese vielmehr durch das eingeklagte Object, nach wie vor, bestimmt bleibt;

Daß demzufolge die factische Unterstellung der Incompetenzeinrede nicht vorhanden und das angegriffene Urtheil, welches dieselbe dessen ungeachtet angenommen hat, abzuändern ist.

Aus diesen Gründen

reformirt der A. G. H. das Urtheil des Königl. Landgerichts zu Aachen vom 19. Januar d. J., verwirft die der Klage entgegengesetzte Incompetenzeinrede, weist die Parteien zur Verhandlung der Hauptsache an den ersten Richter zurück und verurtheilt den Appellaten in die Kosten des Incidentpunkts beider Instanzen, verordnet endlich die Rückgabe der Succumbenzgelder.

I. Senat. Sitzung vom 25. April 1853.

Advokaten: Nacken — Müller.

Substitution. — Erbeseinsetzung (stillschweigende, indirekte).

Die Disposition: „Wenn mein Kind nach mir und vor dem A. sterben sollte, so vermache ich dem Letztern die Leibzucht an meinem ganzen Vermögen; nach seinem Tode soll dasselbe an C. fallen." — enthält eine verbotene Substitution *).

*) Vergl. Archiv 27. 1. 247 und die Note daselbst.

Simon, — Platz.

In einem Theilungsverfahren wurde folgende testamentarische Disposition der Ehefrau Platz gebornen Simon producirt:

> Wenn mein Kind nach mir und vor meinem Manne sterben sollte, so vermache ich ihm (meinem Manne) die Leibzucht von meinem ganzen Vermögen; nach seinem Tode soll dasselbe an meine Geschwister verfallen, so daß mein Mann es nur zu genießen hat lebenslänglich.

Diese Disposition wurde als ungültig angefochten, weil sie eine verbotene Substitution enthalte, indem für den angegebenen Fall das Kind stillschweigend als Erbe eingesetzt und demselben die Geschwister der Testatrix substituirt seien. Dagegen wurde von der andern Seite behauptet, daß von einer verbotenen Substitution aus dem Grunde keine Rede sein könne, weil dem Kinde eine Pflicht, den Nachlaß aufzubewahren und in seiner Integrität herauszugeben, nicht auferlegt sei.

Das Landgericht zu Trier vernichtete das Testament durch Urtheil vom 12. Mai 1852 aus folgenden Gründen:

J. E., daß die Anna Maria Jacobine Simon in dem fraglichen Testamente verfügt hat, daß wenn ihr Kind nach ihr und vor ihrem Manne sterben sollte, dem Letztern die lebenslängliche Nutznießung an ihrem ganzen Vermögen zustehen und dieses nach dessen Tode an ihre Geschwister verfallen solle;

Daß durch diese Verfügung ohne Zweifel von der testirenden Mutter zunächst eine stillschweigende Erbeseinsetzung zu Gunsten ihres Sohnes, des Nikolas Platz, beabsichtigt wurde und stattgefunden hat;

Daß auch die ausdrückliche Verpflichtung, den Nachlaß der Mutter zu Gunsten der Geschwister und des Ehemannes derselben als Fidei-Commissarien zu bewahren und die Substanz des Nachlasses zu erhalten, aus den Worten des Testaments zu entnehmen ist, daß im Falle des Vorsterbens des Sohnes Nikolas Platz, das ganze Vermögen der Testirerin auf die Geschwister als Eigenthümer und den Ehemann als Nutznießer übergehen soll;

Daß mithin alle wesentlichen Merkmale einer durch den Art. 896 des B. G. B. verbotenen Substitution vorliegen, nämlich das von einer Bedingung abhängige Recht des zweiten eingesetzten Erben, welche Bedingung erst nach Ablauf einer

gewissen Zeit, und zwar mit dem Tode des ersten Eingesetzten, in Erfüllung gehen soll;

Daß folglich ohne Berücksichtigung des Testaments die Theilung lediglich nach dem Antrage des Klägers zu verordnen ist.

Gegen dieses Urtheil wurde die Berufung eingelegt und darauf gestützt, daß das Testament gar keine Einsetzung des Kindes der Testatrix enthalte, mithin auch Niemand diesem Kinde substituirt sein könne, daß eventuell aber höchstens ein legatum de eo quod supererit anzunehmen sei, weil dem Kinde keine charge de conserver auferlegt sei *). — Der Appellat dagegen suchte auszuführen, daß die Testatrix die Absicht, ihr Kind auszuschließen, durch nichts an Tag gelegt habe, mithin nur angenommen werden könne, daß die Testatrix es bei der Erbfolge ihres Kindes habe belassen wollen und diese stillschweigend und indirekt bestätigt habe; daß auch in den Worten und dem Sinne der Disposition hinreichend die Pflicht, den ganzen Nachlaß zu conserviren, ausgedrückt sei.

Das öffentl. Ministerium war der Ansicht, daß im Zweifel eine verbotene Substitution nicht anzunehmen sei, und im vorliegenden Falle die Disposition wohl als ein legatum de residuo betrachtet werden könne. Der Hof verwarf jedoch die Berufung wie folgt:

J. E., daß die Testatrix durch die fragliche lediglich für den Fall, wenn ihr Kind nach ihr und vor ihrem Ehemanne sterben sollte, zu Gunsten des Letzteren und ihrer Geschwister getroffene Disposition unverkennbar ihr Kind nicht von ihrem Nachlasse ausschließen wollte, sondern indirekt die gesetzliche Regel, nach welcher ihr Kind zu ihrem Erben berufen war, aufrecht erhalten, und lediglich das ihm gesetzliche Recht auf ihren Nachlaß dahin modifizirt hat, daß für den Fall seines Sterbens nach ihr und vor ihrem Manne, ihr gesammter, durch ihren Tod dem Kinde zugefallener Nachlaß bei seinem, des Kindes, Tode dem Eigenthume nach ihren Geschwistern und zur Leibzucht ihrem Manne zufallen solle;

*) Zachariae §. 693 hält folgende Verfügung: „Ich setze den A. zu meinem Erben ein; nach dem Tode des A soll der B meinen Nachlaß haben" nicht für eine verbotene Substitution, weil in diesem Falle nicht dem eingesetzten Erben la charge de conserver et de rendre auferlegt sei. Die Frage ist natürlich eine quaestio facti et interpretationis.

Daß hiernach der fraglichen Disposition zufolge der gesammte Nachlaß der Testatrix zunächst ihrem Kinde zufallen und bei dessen Ableben vor ihrem Manne von dem Kinde auf ihre Geschwister als Eigenthum und resp. ihren Mann zur Leibzucht gelangen sollte, mithin dem Kinde die Verpflichtung auferlegt war, den gesammten ihm vermachten Nachlaß zu conserviren und im Falle seines Sterbens vor seinem Vater an diesen als Leibzüchter und die Geschwister der Testatrix als Eigenthümer abzugeben;

Daß folglich die fragliche testamentarische Verfügung alle Merkmale einer durch den Art. 896 des B. G. B. verbotenen Substitution hat.

III. Civil-Senat. Sitzung vom 27. April 1853.

Advokaten: Wallraf — Widenmann.

Erbtheilung. — Nachlaßforderungen.

Die Bestimmung des Art. 1220 des B. G. B., wonach eine theilbare Nachlaßforderung von Rechtswegen unter die Miterben getheilt ist, so daß jeder sie nach Verhältniß seiner Erbquote einziehen kann, bezieht sich nur auf das Verhältniß der Miterben zu den Nachlaßschuldnern.

Im Verhältnisse der Miterben untereinander bedürfen dergleichen Forderungen der Theilung.

Haben die Miterben ihre Quoten einseitig eingezogen, so liegt darin eine provisorische Theilung, die einer definitiven nicht entgegensteht.

Eschweiler — Hup.

Urtheil:

J. E., daß zwar nach Art. 1220 des B. G. B. die zu einem Nachlaß gehörigen theilbaren Forderungen sich von Rechtswegen unter die Erben nach Verhältniß ihrer Erbquote theilen, so daß jeder Miterbe den nach Verhältniß seiner Erbquote auf ihn fallenden Theil der Forderung gleich nach erfolgtem Erbanfall und ohne vorhergegangenes Theilungsverfahren von dem Schuldner einziehen und demselben darüber gültig quittiren kann;

Daß indeß hieraus nicht folgt, daß die zu dem Nachlaß gehörigen theilbaren Forderungen nicht Gegenstand des Theilungsverfahrens sein können und sollen;

Daß vielmehr schon die Stelle, wo die besagte Bestimmung des Art. 1220 in dem B. G. B. vorkommt, darauf hinweiset, das diese Bestimmung nur auf das Verhältniß des Schuldners den einzelnen Miterben gegenüber, nicht aber auf das gegenseitige Verhältniß der Miterben unter einander und die zwischen ihnen vorzunehmende Theilung des Nachlasses bezüglich ist;

Daß auch der Art. 832 des B. G. B. die zum Nachlaß gehörigen Forderungen ausdrücklich als Gegenstand des Theilungsverfahrens bezeichnet, indem er bestimmt, daß, soviel möglich, in jedes Loos dieselbe Quantität von beweglichen und unbeweglichen Sachen, Rechten und Forderungen von derselben Natur und gleichem Werthe fallen sollen;

Daß eben so der Art. 883 ganz allgemein, ohne irgend eine Ausnahme hinsichtlich der zum Nachlaß gehörigen Forderungen zu machen, verfügt, daß jeder Miterbe hinsichtlich sämmtlicher in sein Loos gefallenen Gegenstände so angesehen werden solle, als wenn er dem Erblasser allein und unmittelbar succedirt wäre, sonach diese Regel auch hinsichtlich der zum Nachlaß gehörigen Forderungen Anwendung findet, und nur die durch den Art 1220 begründete Modifikation erleidet, daß die zufolge des Art. 1220 bereits vor der Theilung resp. deren Notifikation begründete Liberation des Schuldners durch die Theilung nicht alterirt wird;

Daß die zum Nachlaß gehörigen theilbaren Forderungen von dem Theilungsverfahren um so weniger auszuschließen sind, als eines Theils die vollständige Auseinandersetzung der Miterben bezüglich des gemeinschaftlichen Nachlasses auch eine Bestimmung darüber erfordert, wem die vorhandenen Titel zufallen, resp. wo dieselben, sofern sie gemeinschaftlich bleiben, aufbewahrt werden sollen, und andern Theils bei einer bereits zur Zeit des Erbanfalls resp. vor der Theilung vorhandenen theilweisen Insolvenz des Schuldners einer theilbaren Forderung der Ausfall nach Art. 886 gemeinschaftlich getragen werden muß, ohne Rücksicht, ob der eine Miterbe mehr, wie der andere, auf seinen ratirlichen Antheil von dem Schuldner eingezogen haben sollte;

Daß die Seitens der Appellaten artikulirte und subsidiarisch näher zu beweisen angebotene Thatsache, daß sowohl

die Appellaten, wie die appellantische Ehefrau Eschweiler resp. deren Vormund ihre Antheile an den fraglichen gemeinschaftlichen Forderungen bereits vor der gegenwärtigen Klage erhalten und eingezogen haben, eine in rechtsbeständiger Form geschehene definitive Theilung nicht darstellt und somit zur Beseitigung der Theilungsklage nicht geeignet ist;

Daß folglich das angefochtene Urtheil insofern, als dasselbe die fraglichen gemeinschaftlichen Forderungen von dem verordneten Theilungsverfahren ausgeschlossen hat, zu reformiren ist und hinsichtlich der Kosten nach dem Antrage der Appellanten zu erkennen ist;

Aus diesen Gründen

verordnet der Königl. Rh. A. G. H., unter Reformation des Urtheils des Königl. Landgerichts zu Köln vom 27. März 1852, daß die durch dieses Urtheil verordnete Theilung auch auf die den Parteien gemeinschaftlichen, aus dem elterlichen Nachlasse herrührenden und in den Theilungsrezeß vor Notar Schenk vom 4. August 1841 aufgenommenen Obligationen auszudehnen sei; legt die Kosten der ersten Instanz der Masse und die der gegenwärtigen Instanz den Appellaten zur Last.

III. Senat. Sitzung vom 19. Mai 1853.

Advokaten: Thesmar — Rübsahmen.

Vorrecht des Soldaten. — Personalstatut. — Bundesfestung.

Die Vorschrift, wonach der Soldat sich ohne Consens seines Vorgesetzten nicht verbürgen kann, bildet kein Personalstatut desselben. Die unter dem franz. Gesetze wohnhaften, aber in einer Bundesfestung ihrer Militärpflicht Genüge leistenden Preußen sind hinsichtlich der Befugniß sich zu verbürgen, dem Allg. Landrecht unterworfen.

Weber — Transfeld.

Die Appellanten Eheleute Weber ließen den Appellaten Transfeld vor das Königl. Landgericht zu Köln abladen, um zur Bezahlung von 896 Thlr. 15 Sgr. 4 Pfg. mit Zinsen zu 5% vom 7. October 1847 und 194 Thlr. 13 Sgr.

4 Pfg. mit Zinsen zu 5% vom 3. Juni 1848 verurtheilt zu werden. Die Klage ward gegründet auf einen Bürgschein d. dato Mainz den 8. Mai 1849. Transfeld setzte der Klage entgegen, er sei an dem genannten Datum preußischer Soldat in der Bundesfestung Mainz gewesen, es seien auf ihn nach dem Gesetze vom 19. Juli 1834 (Lottner Bd. 4. pag. 102) die Bestimmungen des Allg. Landrechts I. 11. §. 700 und I. 14. §. 219 anwendbar, wonach ein Soldat ohne Consens seines Vorgesetzten sich ebensowenig verbürgen, als ein Darlehn aufnehmen könne. Durch Urtheil vom 25. November 1851 wurde die Klage abgewiesen. Gegen dieses Urtheil haben die Eheleute Weber die Berufung eingelegt, zu deren Rechtfertigung ihr Anwalt bemerkte: Transfeld habe sich in Mainz in Garnison befunden, lediglich um seiner dreijährigen Militärpflicht zu genügen, sei aber in Köln bei seinen Eltern fortwährend wohnhaft gewesen; das bezogene Gesetz vom 19. Juli 1834 halte in seiner Nummer 6) den §. 23 der Einl. des Allg. Landrechts ausdrücklich aufrecht, lasse also für den in Köln wohnhaften, in Mainz blos garnisonirenden Soldaten die „Befugniß" sich ohne Consens des Vorgesetzten zu verbürgen bestehn; wolle man die Richtigkeit dieser Ansicht bestreiten, so lasse sich doch nicht in Abrede stellen, daß das Allg. Landrecht bei Erlassung der Bestimmungen über die Bürgschaften der Soldaten von der Ansicht ausgegangen, daß dieselbe am Orte ihrer Garnison wohnten, diese Ansicht sei klar in dem Gesetze vom 2. November 1833 und den darin bezogenen Gesetzesstellen ausgesprochen; erst das Gesetz vom 31. März 1839 habe statuirt, daß die blos dreijährigen Soldaten ihren alten Wohnsitz behalten sollten und dabei ausdrücklich diese den Statuten ihrer Heimath unterworfen.

Von Seiten des appellatischen Anwalts wurde bemerkt, nach §. 24 der Einleitung des Allg. Landrechts hätten die dreijährigen Soldaten ihren alten Wohnsitz auch schon vor dem Gesetze vom 19. Juli 1834 beibehalten, die Bestimmung von 1833 sei eine irrige gewesen und deswegen 1839 widerrufen worden; gerade das letztgenannte Gesetz interpretire das Wort „Befugnisse" im §. 23 der Einl. mit jura status, spreche also für den Appellaten, der übrigens läugne, daß es sich hier von einem Personalstatut handle, und dabei behaupte, daß jedenfalls das Personalstatut von einem Standesvorrecht primirt werde. Hätte die vorliegende Frage im Allg. Landrecht

und dem Gesetze vom 19. Juli 1834 nach §. 23 der Einl. entschieden werden sollen, so wäre die Bestimmung I. 11. §. 700 ganz überflüssig, indem man ja dann ohnedies würde auf das Lokalstatut des Wohnorts des Soldaten rekurrirt haben.

Urtheil:

I. E., daß die Allerh. Cabinets=Ordre vom 19. Juli 1834 sowohl nach ihren Worten, wie auch der in dem darin bezogenen Ministerial=Rescripte vom 25. September 1816 und in der Schlußbestimmung ihres §. 6 klar ausgesprochenen Absicht des Gesetzgebers nach, die in den Garnisonen zu Mainz und Luxemburg befindlichen preußischen Militärpersonen hinsichtlich aller ihrer während ihres Aufenthalts daselbst mit Einheimischen und Fremden geschlossenen Rechtsgeschäfte in materieller Beziehung lediglich nach den Grundsätzen des Allg. Landrechts und der preußischen Allg. Gerichts=Ordnung beurtheilt wissen will;

I. E., daß zwar in dieser Cabinets=Ordre auf die §. 23 und 32 der Einleitung zum Allg. Landrecht Bezug genommen ist und hieraus nicht minder klar erhellt, daß die s. g. Real= und Personal=Statuten eines Soldaten, als preußischen Unterthanen, nach wie vor Geltung haben sollen;

Daß jedoch unter den hier bezogenen Personal=Statuten nur diejenigen rein persönlichen, auf natürlichen Eigenschaften beruhenden Rechtsverhältnisse verstanden werden können, welche — wie die durch die Geburt, Ehe, väterliche Gewalt, Verwandtschaft, Vormundschaft u. s. w. begründeten Erb= und Familienrechte, — lediglich die Person eines Menschen als solchen affiziren und erst per consequentiam dessen allgemeine Rechts= und Handlungsfähigkeit bestimmen, — nicht aber solche Eigenschaften und Befugnisse verstanden werden dürfen, welche vorzugsweise aus gesellschaftlichen Bestimmungen entspringend, eine Person nur erst in Verbindung mit andern außer ihr liegenden Verhältnissen und durch dieselben als singulär berechtigt und verpflichtet erscheinen lassen, namentlich daher nicht solch ein Rechtsverhältniß, wie das vorliegende, bei welchem einer Person oder einer ganzen Klasse von Personen die Vornahme eines einzelnen Rechtsgeschäfts bedingt untersagt ist, wo also bezüglich dieses speziellen Geschäfts nur die Rechtsfähigkeit der Personen beschränkt und diese Beschränkung unmittelbar durch das Gesetz gegeben erscheint;

J. E., daß mit dieser Auffassung des §. 23 cit. auch die Ausdrucksweise der anderweit bezogenen, aber die erwähnte Cabinets-Ordre vom 19. Juli 1834 keineswegs modifizirende Allerh. Cabinets-Ordre vom 31. März 1839 insofern übereinstimmt, als hier die in §. 23 cit. gedachten persönlichen Eigenschaften und Befugnisse mit jura status übersetzt werden und sodann weiter bestimmt ist, daß soweit es auf diese jura status und auf die Erbfolge in den Nachlaß der dort näher bezeichneten Militärpersonen ankomme, die Gesetze ihres Wohnorts oder ihrer Herkunft beachtet werden sollen, — woraus von selbst folgt, daß das Gesetz hier die besondere durch den Stand jener Personen als Soldaten begründeten Rechtsverhältnisse nicht als in jenen juribus status enthalten angesehen hat;

Daß daher auch das landrechtliche Verbots-Gesetz, welches den Soldaten zur einseitigen Aufnahme von Darlehnen für unfähig erklärt, nicht zu den Personal-Statuten im Sinne des §. 23 cit. gerechnet werden darf, vielmehr als auf den diesseitigen Unterthan, so lange er als Soldat in den Garnisonen von Mainz und Luxemburg sich befindet, in Gemäßheit der allegirten Cabinets-Ordre vom 19. Juli 1834 für anwendbar erachtet werden muß, um so mehr, als dasselbe dem preußischen Soldaten ein eigentliches Privilegium gewährt, welches seinem Zwecke nach auf den eigenthümlichen Grundeinrichtungen des preußischen Staates beruht und im Interesse der Verwaltung desselben ertheilt worden ist;

J. E., daß, was in Th. I. Tit. 11. §. 700 des Allg. Landrechts von Darlehnen gesagt ist, nach §. 219 Th. I. Tit. 14 auch von Bürgschaften gilt und hiernach dem vorliegenden Scheine d. d. Mainz den 8. Mai 1849 mit Recht vom ersten Richter alle Wirksamkeit abgesprochen ist;

Aus diesen Gründen

verwirft der Königl. Rh. A. G. H. die wider das Urtheil des Königl. Landgerichts zu Köln vom 25. November 1851 eingelegte Berufung unter Verurtheilung des Appellanten in Strafe und Kosten.

III. Senat. Sitzung vom 19. Mai 1853.

Advokaten: Wallraf — von Hontheim.

Subhastationsverfahren. — Zahlungsbefehl. — Definitiver Syndik.

Nach Ernennung des definitiven Syndiks eines Falliments kann von einzelnen Gläubigern des Falliten das Subhastationsverfahren (action en expropriation) nicht mehr eingeleitet werden.

Die Subhastation wird durch den Antrag auf Beschlagnahme der Immobilien, und nicht schon durch den diesem Acte vorausgehenden Zahlungsbefehl eröffnet. — Art. 532 des H. G. B. — Subh.-Ord. vom 1. August 1822.

Meinerzhagen u. Schaaffhausen'scher Bankverein — Falliment Weidenbach.

Meinerzhagen erwirkte die Beschlagnahme eines ihm von Weidenbach verpfändeten Hauses; im Licitationstermin opponirte der definitive Syndik der Masse des in Fallitzustand gerathenen Weidenbach gegen das Subhastationsverfahren, behauptend, dasselbe habe nach Art. 532 des H. G. B. von dem Extrahenten nicht gültig betrieben werden können, weil bereits zur Zeit der Beschlagnahme, mit welcher die action en expropriation eröffnet werde, der definitive Syndik ernannt gewesen sei. Meinerzhagen bestand auf der Licitation, in welcher das Haus dem Schaaffhausen'schen Bankverein zugeschlagen ward. Bei der Verhandlung des Einspruchs vor dem hiesigen Königl. Landgerichte wurde von Seiten des Meinerzhagen und des Bankvereins die Richtigkeit der Behauptung des Syndiks in thatsächlicher Hinsicht zugegeben, jedoch die Unanwendbarkeit des Art. 532 cit. behauptet, weil zur Zeit des auf Anstehen des Extrahenten ergangenen Zahlungsbefehls auf Subhastation der definitive Syndik des Falliments noch nicht ernannt gewesen, und schon mit diesem Zahlungsbefehl die Klage auf Expropriation erhoben sei. Das Königl. Landgericht nahm den Einspruch an, und vernichtete die Subhastation.

Die Berufung des Meinerzhagen, dem sich der Bankverein in seinen Anträgen anschloß, wurde verworfen durch folgendes

Urtheil:

I. E., daß die Expropriation darauf gerichtet ist, dem Schuldner das Eigenthum der Sache zu entziehen und daher

ihrer Natur nach eine Verfolgung der Sache darstellt, auf welche der Gläubiger ein Recht hat;

Daß also die action en expropriation des Art. 532 H. G. B. erst dann vorhanden sein kann, wenn der Gläubiger seinen Angriff auf das Immobile selbst richtet;

Daß der Zahlungsbefehl die Zahlung, also eine Handlung des Schuldners zum Gegenstande hat, und zum Zweck, den Angriff des Immobile selbst wo möglich zu vermeiden;

Daß derselbe daher zwar wohl als eine Vorbereitung, nicht aber als ein Theil der eigentlichen Expropriationsklage angesehen werden kann, ähnlich wie unter Umständen auch ein vorhergehender Angriff des Mobilars nöthig sein kann (Art. 2206), bevor das Immobilar angegriffen werden darf;

Daß hiermit auch der Sprachgebrauch in den Gesetzen übereinstimmt — Art. 673 der B. P. O., Art. 2217 des B. G. B., Ges. vom 11. Brum. VII. Art. 1, und 9. Messidor III. — welches letztere Gesetz, indem es den früher nicht gebräuchlichen und auch im Code de procedure wieder verlassenen Ausdruck „expropriation forcée" einführte, in Art. 110 bestimmte: tout créancier hypothecaire ne peut recourir à la chose hypothequée et en poursuivre la vente, qu'après vingt jours du commandement, par lequel le debiteur aura été constitué en demeure de payer, aus welcher Fassung deutlich folgt, daß der Zahlungsbefehl den Schuldner nur in moram solvendi versetzt, und vorhergehen muß, bevor der recours à la chose hypothequée d. h. die eigentliche action en expropriation stattfindet;

Daß damit denn auch die Vorschrift des §. 7 der Subhastationsordnung von 1822 übereinstimmt, wonach erst durch die Beschlagnahme andere Gläubiger von der hypothecarischen Klage ausgeschlossen werden, und der §. 17, aus welchem hervorgeht, daß nur derjenige Gläubiger, welcher ebenfalls die Beschlagnahme bereits nachgesucht hatte, die Fortsetzung des Verfahrens betreiben kann, wenn der erste Kläger die Poursuite unterläßt, Vorschriften, welche im Wesentlichen mit den frühern der B. P. O. übereinstimmen, und welche zeigen, daß nur das Verfahren seit der Beschlagnahme einschließlich von andern Gläubigern fortgesetzt werden, und daß also der Zahlungsbefehl nicht schon als ein integrirender Theil dieses Verfahrens angesehn werden kann;

J. E., daß ebenso die Bestimmung, daß erst durch die Beschlagnahme die Immobiliarisirung der Früchte der Sache und die Unveräußerlichkeit derselben eintritt, zeigt, daß erst der Antrag auf diese Beschlagnahme gegen die verpfändete Sache selbst gerichtet ist, nicht aber schon der Zahlungsbefehl dieselbe berührt, daß also das auf die Expropriation des Immobile's dem Gläubiger zustehende Klagerecht erst durch jenen Antrag in Ausübung tritt, und nicht schon durch diesen Zahlungsbefehl;

J. E., daß wenn ein Gläubiger erst durch die Beschlagnahme ein Vorzugsrecht auf die Betreibung der Expropriation erlangt, und die übrigen Gläubiger davon ausschließt, eine solche Ausschließung der definitiven Syndiken, als der Vertreter der sämmtlichen Gläubiger, consequenter Weise auch erst durch die Beschlagnahme eintreten kann, bis dahin aber der allgemeine Grundsatz, daß durch das Falliment die Poursuiten der einzelnen Gläubiger gegen den Schuldner sistirt werden, und von den Syndiken fortzusetzen sind, seine volle Anwendung finden muß;

Daß hiernach die Entscheidung des ersten Richters, als die richtige erscheint; u. s. w.

Aus diesen Gründen

verwirft der Rh. A. G. H. u. s. w.

II. Senat. Sitzung vom 6. Juni 1853.

Advokaten: Esser I., Forst — Bagedes.

Disponible Quote. — Pachtvertrag. — Facta defuncti.

Hat ein Vater zu Gunsten eines oder einiger seiner Kinder über die disponible Quote verfügt und den also Begünstigten überdieß noch ein für sie vortheilhaftes Pachtrecht an seinen Immobilien zugestanden, so sind die übrigen Kinder berechtigt, nicht nur die Ergänzung des ihnen durch jenen Pachtvertrag geschmälerten Pflichttheils, sondern nach Umständen sogar die Aufhebung des ganzen Pachtvertrages zu verlangen.

Es steht ihnen hiebei die Einrede, daß sie als Erben ihres Vaters dessen Facta zu prästiren haben, nicht entgegen.

Spieker — Franken.

Die Eheleute Peter Franken und Maria Hüttenbügel, welche unter Herrschaft des bergischen Statutarrechts geheirathet hatten, hinterließen als Erben eine Tochter Catharine, Wittwe Empting, einen Sohn Joseph und zwei minderjährige Kinder ihrer verstorbenen Tochter Elisabeth, Ehefrau Spieker. Nach dem am 7. Januar 1852 erfolgten Tode des Letztlebenden der Eltern, Peter Franken, erhob Spieker, als gesetzlicher Vormund seiner minderjährigen Kinder, eine Klage auf Theilung und Auseinandersetzung der zwischen den Eheleuten Peter Franken bestandenen Gütergemeinschaft und der beiden Nachlässe. Er erkannte dabei an, daß der Ehemann Franken an seinem eben erwähnten Todestage ein Testament errichtet hatte, durch welches er zu Gunsten seiner beiden Kinder, Wittwe Empting und Joseph Franken über die disponible Quote verfügt, mithin seine Enkel, Minderjährige Spieker auf den Pflichttheil gesetzt hatte. Nachdem hienach durch Urtheil des Landgerichts zu Düsseldorf vom 20. April 1852, dem gemeinschaftlichen Antrage der Parteien gemäß, die Theilung erkannt, die ideellen Antheile der einzelnen Theilungsgenossen bestimmt und eine Expertise über den Werth der zu den einzelnen Massen gehörigen Realitäten, so wie über deren Theil- oder Untheilbarkeit verordnet worden war, erhob sich zwischen den Parteien ein Inzidentpunkt über die Klee-Creszenz eines zu dem Nachlasse der Ehefrau Franken gehörigen Grundstückes, welche die Theilungsverklagten sich einseitig zueigneten, während der Theilungskläger behauptete, dieselbe müsse entweder in natura getheilt oder öffentlich versteigert werden. Die Erstern beriefen sich hiebei zur Begründung ihres behaupteten ausschließlichen Rechts auf einen notariellen Pachtvertrag, gleichfalls vom 7. Januar 1852, durch welchen der Erblasser Peter Franken ihnen für 57 Thlr. 15 Sgr. die sämmtlichen zur Gütergemeinschaft und zu seinem Sondergute gehörigen Grundstücke, im Ganzen circa 24 Morgen Acker-, Garten- und Holzland, nebst aufstehenden Gebäulichkeiten auf neun, mit dem Jahre 1860 ablaufende Jahre verpachtet hatte.

Diesen Pachtvertrag griff der Kläger als nichtig an, weil der Erblasser und Verpächter durch sein am nämlichen Tage errichtetes Testament die von ihm, Kläger, vertretenen Minderjährigen bereits auf den Pflichttheil gesetzt habe, welcher ihnen frei und unbeschränkt gewährt werden müsse. Bei dem un-

verhältnißmäßig geringen Pachtzinse — sagte er — erscheine der Pachtvertrag nur als eine weitere, über die disponible Quote hinausgehende, und daher unerlaubte Begünstigung der Verklagten zum Nachtheile der Minderjährigen. Ueberdieß aber befänden sich unter den Pachtobjecten auch Grundstücke, welche der Ehefrau Franken gehört hätten, an welchen d[illegible] dem Verpächter, Ehemann Franken nur die statutarische Leibzucht zugestanden habe, so daß er dieselben über seine Lebenszeit hinaus nicht gültig habe verpachten können.

Dagegen behaupteten die Verklagten, es habe der Erblasser, nachdem er über die disponible Quote verfügt habe, zwar keine fernern freigebigen Verfügungen treffen, wohl aber titulo oneroso über sein ganzes Vermögen verfügen können. Der Pachtvertrag sei daher gültig und es frage sich nur, ob durch denselben ihnen mittelbar eine Begünstigung zugewendet worden. Sei dieß, was jedoch bestritten werde, wirklich der Fall, so würde dadurch nicht die Ungültigkeit des ganzen Vertrages, sondern lediglich für sie die Verpflichtung begründet werden, den ihnen versteckt zugewandten Gewinn zur Masse zu rapportiren. Uebrigens habe der Verpfänder nach Art. 595 und 1429 des B. G. B. die Befugniß gehabt, auch die nur leibzüchtig besessenen Grunstücke auf neun Jahre zu verpachten.

Unterdessen hatten auch die Experten ihr Gutachten dahin abgegeben, daß die sämmtlichen zur Theilung zu bringenden, theils zur Gütergemeinschaft, theils zu dem Sondergute der beiden Eheleute gehörigen Grundstücke einen Werth von beiläufig 3000 Thlr. hätten, daß jedoch weder eine Auseinandersetzung der Gütergemeinschaft, noch eine Theilung der einzelnen Massen in natura ausführbar sei.

Das Landgericht bestätigte hierauf durch sein Urtheil vom 14. Juli 1852, den Expertenbericht und verordnete den Verkauf der sämmtlichen Immobilien, während es gleichzeitig in Bezug auf den Inzidentantrag (Vernichtung des Pachtvertrages) im Wesentlichen erwog: daß das Leibzuchtsrecht des Erblassers an den zum Nachlasse seiner verstorbenen Ehefrau gehörigen Immobilien nach den Bestimmungen der Jülich- und Bergischen Rechtsordnung zu beurtheilen sei, er mithin nicht befugt gewesen sei, diese Immobilien über die Zeit seines Lebens hinaus zu verpachten, und demnach der Pachtvertrag, in sofern er die zum Nachlasse seiner Ehefrau gehörigen Immobilien und Immobilaransprüche zum Gegenstand habe, (mit

Ausnahme des Rechtes der Anpächter auf diejenige Creszenz, über welche beim Tode des Leibzüchters bereits die Egge gegangen war — Jülich- und Bergische Rechtsordnung Cap. 95 —), aufgehoben werden müsse; daß aber hinsichtlich der zu seinem eigenen Nachlasse gehörigen Immobilien und Immobilaransprüche der Pachtvertrag zu Recht bestehen bleiben und dem Kläger blos vorbehalten bleiben müsse, die etwaigen in Beziehung auf jenen Vertrag aus den Art. 843 und 853 des B. G. B. resultirenden Ansprüche der von ihm vertretenen Minorennen vor dem mit der Bildung der Masse und Berechnung der Conferenden beauftragten Notar geltend zu machen; daß ein gleicher Unterschied auch, jedoch unter Berücksichtigung des oben erwähnten in dem Cap. 95 der Jülich- und Bergischen Rechtsordnung beruhenden Grundsatzes, hinsichtlich der Creszenz und resp. der Dispositionsbefugniß über dieselbe zu machen, und endlich der Kläger mit den von ihm erhobenen Entschädigungsansprüchen wegen des nach seiner Behauptung von den Beklagten auf einem Sondergute der Mutter abgemäheten Klee's zunächst ebenfalls vor den Notar zu verweisen sei.

Bei der Rechtfertigung der von Spieker gegen dieses Urtheil eingelegten Berufung suchte dessen Anwalt im Wesentlichen auszuführen, daß eine theilweise Aufrechthaltung und theilweise Vernichtung des fraglichen Pachtvertrages, welche der erste Richter statuire, selbst in Bezug auf die Berechnung des Pachtzinses in dem gegenwärtigen Falle um so weniger thunlich sei, als nach dem von dem ersten Richter bestätigten Expertenberichte der ganze Immobilar-Complex in natura nicht zu theilen, mithin nicht zu ermitteln sei, für welche Theile desselben der Pachtvertrag aufrecht zu halten und für welche er zu vernichten sei, von welchen Theilen die jetzige und künftige Creszenz ausschließlich den Pächtern gehöre und von welchen dieselbe zwischen sämmtliche Theilungsgenossen getheilt werden müsse.

Die Appellaten suchten dagegen aus den von dem ersten Richter angeführten Gründen nicht nur die theilweise Aufrechthaltung des Pachtvertrages zu rechtfertigen, sondern verlangten sogar im Wege der Inzidentberufung die gänzliche Aufrechthaltung desselben, da die Kinder Spieker als Erben ihres Großvaters dessen facta präst iren müßten, mithin den von diesem geschlossenen Pachtvertrag nicht anfechten könnten.

Ihr Autor — so sagten sie — würde ja in einem Falle, wo der Eigenthümer der durch ihn verpachteten Grundstücke den Pachtvertrag angegriffen und den Besitz der Grundstücke verlangt hätte, regreßpflichtig gewesen sein; hier finde also der Satz Anwendung: quem de evictione tenet actio, eundem agentem repellit exceptio. Zur nähern Begründung dieser Sätze berief sich ihr Anwalt insbesondere noch auf ein Urtheil des A.G.H. I. Senat vom 4. Mai 1852 zur Sache Kippels — Vianden*).

*) In diesem Falle hatte Kippels Vater seinen Sohn, den Appellanten, auf den Pflichttheil reducirt, außerdem aber dem Vianden, welchem er einen Theil der disponiblen Quote legirte, verschiedene von der Mutter des Appellanten herrührende und durch deren Tod auf diesen vererbte Immobilien verpachtet. Appellant bestritt die Gültigkeit des Pachtvertrages, weil er a non domino über eine res aliena geschlossen worden, und seine Vertretungspflicht, weil er auf den Pflichttheil reducirt worden und nicht weiter durch Dispositionen des Erblassers beschränkt werden könne; jeden Falls behauptete er, Vianden als Universallegatar müsse in solidum, wenigstens aber pro rata seines ihm legirten Antheils an der Erbschaft selbst für die facta defuncti einstehen, sei daher ihm Appellanten, in seiner Eigenschaft als Eigenthümer der qu. Grundstücke regreßpflichtig und, da die Garantiepflicht eine solidarische sei, — wenigstens für denjenigen, der die Grundstücke besitze, wie er, Appellat, — für den ganzen Vertrag, könne daher nicht klagen, nach dem Satze: quem de evictione tenet actio eundem agentem repellit exceptio. — Die auf diesen Punkt bezüglichen Erwägungsgründe des oben bezogenen Urtheils lauten, wie folgt:

J. E., daß Appellant den Pachtvertrag vom 14. März 1826 in Beziehung auf die sub 1, 2, und 3 darin aufgeführten Grundstücke als ungültig angreift, weil dieselben schon zur Zeit des Pachtvertrages sein Eigenthum gewesen, sein Vater, Andreas Kippels, also nicht befugt gewesen sei, diese Immobilien zu verpachten;

Daß Appellant indeß als Erbe seines Vaters, wenn er auch bloßer auf den Pflichttheil reducirter Notherbe desselben sein mag, dem Anpächter zur Garantie verpflichtet, folglich nicht befugt ist, dem Appellaten gegenüber jenen Vertrag anzufechten, wobei es gänzlich unerheblich erscheint, daß Appellat ebenfalls zu den Miterben des Andreas Kippels gehört, da die Garantie des Pachtverhältnisses als eine ihrer Natur nach untheilbare Verbindlichkeit zu betrachten, und Appellant überdies als alleiniger Eigenthümer der verpachteten Immobilien auch nur allein in der Lage ist, den Besitz und Genuß derselben zu gewähren;

Daß u. s. w. (hier wird in factischer Beziehung ausgeführt, daß der Pachtvertrag nicht in Folge einer rechtlich wirksamen Kündigung seine Endschaft erreicht habe).

Daß hiernach die subsidiarisch erbotenen Beweise unerheblich

In Uebereinstimmung mit den Ausführungen des öffentlichen Ministeriums, welches sich zur Unterstützung seiner Ansicht noch insbesondere auf ein Urtheil des A. H. zu Angers vom 29. Januar 1840 (Sir. 40. 2. 112.) bezog, erkannte der A. G. H. nach dem Antrage des Hauptappellanten reformatorisch, durch folgendes

Urtheil:

J. E., daß der Vater, resp. Großvater der Parteien, Peter Hermann Franken, durch Testament vom 7. Januar 1852 dem Hauptappellaten den disponiblen vierten Theil seines Nachlasses im Voraus und frei von der Collation vermacht hat und demgemäß durch das Urtheil vom 20. April 1852 einem jeden der Appellaten $^{6}/_{16}$, den Appellanten aber $^{4}/_{16}$, der den Nachlaß bildenden, speciell namhaft gemachten Grundstücke zugewiesen worden sind;

Daß diese Antheile den ganzen Inbegriff der disponiblen Quote erschöpfen und den Hauptappellanten den Rest des ihnen ab intestato gebührenden Erbtheiles, wie er ihnen durch das vorerwähnte Urtheil mit $^{4}/_{16}$ der fraglichen Grundstücke zugewiesen worden, durchaus frei von allen Lasten zu Gunsten der andern Erben gewährt werden muß;

Daß, wenn nun der Erblasser am Tage seines Todes, gleichzeitig mit der Aufnahme seines Testamentes, welches das ihm gestattete Maaß der Freigebigkeit erschöpfte, den Appellaten alle bisher von ihm besessenen und benutzten Immobilien auf 9 Jahre verpachtete, hierin, auch abgesehen von der Behauptung der Geringfügigkeit des Pachtpreises von 57 Thlr. 15 Sgr. im Verhältnisse zu dem Taxwerthe von 2295 Thlr., die Absicht und Wirkung einer großen Beschwerung des Pflichttheils der Appellanten in Beziehung auf den Werth der ihnen zugewiesenen Antheile an den Immobilien und die freie Disposition darüber zu finden ist;

erscheinen, und insbesondere der letzte Beweissatz um deswillen hier keine Berücksichtigung finden kann, weil Appellant, wenn er sich in seinem Pflichttheil als Notherbe verletzt erachten sollte, seine desfallsige Rechten in der noch schwebenden Theilungsprozedur hätte geltend machen müssen.

(Aus dem letzten Satze ergiebt sich, daß in dieser Sache der A. G. H. über das etwaige Recht des Appellanten, die Aufhebung des Pachtvertrages aus dem Gesichtspunkte der Verletzung des Pflichttheils zu verlangen, gar nicht entschieden hat. — Anmerk. d. Red.)

Daß insbesondere bei der von den Sachverständigen begutachteten Untheilbarkeit der Immobilien und dem deshalb durch das Urtheil a quo angeordneten Verkaufe derselben, die Verpachtung der Concurrenz dritter Kaufliebhaber sowohl, als der Appellaten selbst entgegen tritt, da jeder, welcher durch eigene Bewirthschaftung den höchst möglichen Ertrag eines Grundstückes zu erzielen sucht, ein solches nicht kaufen wird, wenn er erst nach neun Jahren dessen eigene Exploitation antreten kann, und da der Kaufpreis durch die neunjährige Verpachtung und den so lange feststehenden Pachtzins bedingt und in der Weise gedrückt werden würde, daß die Zinsen eines höheren, etwa der Taxe entsprechenden Kaufpreises auf neun Jahre durch den Pachtzins nicht ausgeglichen werden würden, — daß also den Appellaten neben der ihnen überwiesenen disponiblen Quote der große Vortheil erwachsen würde, über den sich im Verhältnisse zum Pachtzinse ergebenden Werth hinaus allein zu bieten und so die Grundstücke, welche sie im Besitze hätten, für eine dem wahren, durch Concurrenz festzustellenden Werthe nicht entsprechenden Preise zu acquiriren, mithin den den Appellanten daran zustehenden Antheil zu schmälern;

Daß hiernach bei der anzunehmenden Absicht des Testators und zu erwartenden Wirkung, — den Appellaten indirekt mehr von seinem Nachlasse zuzuwenden, als ihm das Gesetz gestattet, — der Pachtvertrag seinem ganzen Inhalte nach und auch in Betreff desjenigen, was, weil es die Egge beschoren hatte, im Wege des Nießbrauches in sein Vermögen gekommen war, nicht zu Recht bestehen kann und mit der Begründung der Hauptberufung die Inzidentberufung sich von selbst als unbegründet erledigt;

Daß endlich die Behauptung: die Appellanten müßten die facta ihres Erblassers prästiren und demnach die von demselben geschehene Verpachtung anerkennen, einer offenbaren Verletzung des Pflichttheils gegenüber keine Berücksichtigung verdient, da die gesetzlichen Vorschriften über die disponible Quote streng obligatorisch sind und so wie sie den Erblasser binden, so auch den Notherben von der Anerkennung ihrer Umgehung entbinden;

Aus diesen Gründen

erklärt der Rh. A. G. H. unter theilweiser Reformation des

Urtheils des Königl. Landgerichtes zu Düsseldorf vom 14. Juli 1852, den vor Notar Roffers am 7. Januar 1852 zwischen Peter Hermann Franken als Verpächter und den Appellaten als Pächtern abgeschlossenen Pachtvertrag seinem ganzen Inhalte nach für unwirksam, untersagt demgemäß den Appellaten jede einseitige Disposition über die Creszenz auf den zu theilenden Grundstücken, verurtheilt dieselben, den Appellanten pro rata ihrer Antheile vollständigen Ersatz für die Creszenz des Jahres 1852, welche die Appellaten sich angeeignet, und für den durch die Retention der Grundstücke entstandenen Schaden zu leisten, verweiset zu diesem Ende die Parteien in die erste Instanz zurück, verwirft die Inzident-berufung, — verurtheilt die Appellaten in die Kosten der Appellations-Instanz und verordnet die Rückgabe der hinterlegten Succumbenzgelder.

I. Senat. Sitzung vom 19. Juni 1853.

Advokaten: Esser — Herberz.

Gemeindeordnung. — Bürgermeister. — Pensions-Ansprüche. — Anderweitige Anstellung. — Ruhen der Pension.

Hat ein bei Einführung der Gemeindeordnung vom 11. März 1850 nicht wiedergewählter Bürgermeister früher mehrere Gemeinden zugleich verwaltet, die eine als definitiv angestellter Bürgermeister, die andere nur als commissarischer Verwalter, so ruhen seine Pensions-Ansprüche gegen diejenige Gemeinde, in welcher er definitiv angestellt war, so lange, als er durch anderweitige Anstellung ein Einkommen bezieht, welches zwei Drittel des von dieser (pensionspflichtigen) Gemeinde allein bezogenen Gehaltes übersteigt.

Mit andern Worten: Bei der Frage, in wie fern die Pensions-Ansprüche des Bürgermeisters ruhen, kommt dasjenige Einkommen, welches er von den gleichzeitig commissarisch verwalteten Gemeinden bezogen hat, nicht in Anschlag, sondern

lediglich sein früheres Einkommen von derjenigen Gemeinde, in welche er definitiv angestellt war, und gegen welche er allein einen Pensions-Anspruch hat.

Wachendorf — Gemeinde Xanten.

Unter der Herrschaft der Gemeindeordnung von 1845 und zwar am 30. October 1847 wurde Wachendorf (nach der damaligen Verfassung durch die Königl. Regierung) zum Bürgermeister von Xanten definitiv ernannt; zugleich wurde ihm die bereits früher übertragene commissarische Verwaltung der Gemeinden Wardt und Marienbaum belassen. Durch weitere Verfügung der Königl. Regierung zu Düsseldorf vom 30. August 1849 wurden seine Gehaltsverhältnisse in der Weise bestimmt, daß er von der Gemeinde Xanten 125 Thlr. als Ortsvorsteher und 375 Thlr. als Bürgermeister, von jeder der beiden andern Gemeinden aber 150 Thlr., also im Ganzen 800 Thlr. beziehen sollte.

Wachendorf wurde bei Einführung der Gemeindeordnung vom 11. März 1850 in Xanten nicht wieder gewählt, dagegen wurde er commissarischer Bürgermeister von Goch und bezog als solcher 600 Thlr. jährlich. Da er nun in Xanten definitiv, in Wardt und Marienbaum dagegen bloß commissarisch und keine 6 Jahre lang angestellt gewesen war, so hatte er auch nur gegen die Gemeinde Xanten nicht aber gegen Wardt und Marienbaum Pensions-Ansprüche. Die Königl. Regierung hatte daher auch nur die Pensions-Ansprüche gegen die Gemeinde Xanten festzustellen. Sie that dies durch ihre Verfügung vom 6. Januar 1852. Sie schied aus dem Gehalt von 500 Thlr. vorab einen Betrag von 125 Thlr. als pensionslose Einnahme des Ortsvorstehers (§. 157 der Gemeindeordnung vom 11. März 1850) aus; von dem Rest ad 375 Thlr. wurde ferner ein Drittel in Gemäßheit des §. 107 der Gemeindeordnung vom 23. Juli 1845 als Büreaukosten in Abzug gebracht; hiernach berechnete sich der der Gemeinde Xanten in abstracto zur Last fallende Pensionsbetrag bei kürzerer als 12jähriger Dienstzeit auf $1/4$ von 250 Thlr., nämlich auf 62 Thlr. 15 Sgr.

In Beziehung auf die Frage, ob die Pension nicht gegenwärtig, wo Wachendorf als Bürgermeister von Goch 600 Thlr. beziehe, ruhen müsse, war die Königl. Regierung

der Ansicht, daß das ganze bisher von allen drei Gemeinden bezogene Gehalt in Betracht gezogen werden müsse. Dasselbe habe nach Abzug der 125 Thlr. für den Ortsvorsteher im Ganzen 675 Thlr. betragen; jetzt beziehe Wachendorf nur 600 Thlr., mithin müsse das Manko von 75 Thlr. ersetzt werden, soweit die Pensionspflicht überhaupt reiche und zwar von der Gemeinde Xanten pro rata. Von dem ganzen Gehalt ad 675 Thlr. würde nun die Pension an sich ¼ von zwei Dritteln desselben, also 112 Thlr. 15 Sgr. betragen; von dieser ganzen Pension falle auf die in casu allein pflichtige Gemeinde Xanten ein Betrag von 62 Thlr. 15 Sgr. Nach diesem Verhältniß habe sie auch von dem Manko ad 75 Thlr. den Betrag von 41 Thlr. 20 Sgr. zu tragen.

Demgemäß bestimmte die Regierung die Pension des Wachendorf zu Lasten der Gemeinde Xanten auf 62 Thlr. 15 Sgr. und verfügte, daß hiervon 41 Thlr. 20 Sgr. jährlich zu bezahlen seien, so lange Wachendorf sein jetziges Einkommen von 600 Thlr. behalte.

Die Gemeinde Xanten provozirte auf rechtliches Gehör, indem sie behauptete, daß die dem Wachendorf zuerkannte Pension zur Zeit gänzlich ruhen müsse, da derselbe als Bürgermeister von Xanten ein geringeres Einkommen gehabt habe, als er gegenwärtig in Goch beziehe, sein früheres Einkommen von Wardt und Marienbaum aber der Gemeinde Xanten gegenüber nicht in Anschlag kommen dürfe.

Das Landgericht zu Cleve nahm den Recurs durch Urtheil vom 8. Juni 1852 aus folgenden Gründen an:

J. E., daß der §. 157 der neuen Gemeindeordnung, welcher den definitiv angestellten, nicht wieder gewählten Bürgermeistern eine bestimmte Quote ihres seitherigen reinen Diensteinkommens als Pension zuspricht, offenbar auf ein spezielles Dienstverhältniß Bezug nimmt, und unter diesem Einkommen wohl kein anderes verstanden werden kann, als dasjenige, welches der pensionsberechtigte Bürgermeister von der Gemeinde, in deren Diensten er gestanden, auf Grund des §. 107 der früheren Gemeindeordnung bezogen hat;

Daß es nicht bestritten ist, daß die Gemeinde Xanten, Wardt und Marienbaum, welchen der Verklagte als Bürgermeister vorgestanden hat, ganz abgesonderte Bürgermeistereien sind, die sich in gar keinem Rechtsnexus zu einander befinden, und somit nicht abzusehen ist, wie aus einem solchen, der

Klägerin völlig fremden, Verhältnisse, Verbindlichkeiten oder Folgerungen hergeleitet werden können, welche ihr nachtheilig sind und kein rechtliches Fundament haben;

J. E., daß aber der Verklagte, was gleichfalls nicht bestritten ist, sofort nach Auflösung seines früheren Dienstverhältnisses mit einem Gehalt von 600 Thlr. zum Bürgermeister von Goch ernannt worden ist, und mithin ein Einkommen genießt, welches das von der Klägerin bezogene bei Weitem übersteigt;

Daß sonach der Fall vorliegt, wo gesetzlicher Bestimmung zufolge die Pension ruht.

Die gegen dieses Urtheil vom Wachendorf eingelegte Berufung verwarf der Hof in Uebereinstimmung mit dem Antrage des öffentl. Ministeriums, wie folgt:

J. E., daß, wenn nach §. 157 der Gemeindeordnung vom 11. März 1850 die unter gewissen Voraussetzungen dem nicht wieder gewählten Bürgermeister zu gewährende Pension in soweit fortfallen oder ruhen soll, als das anderweite Einkommen mit Zurechnung der Pension das frühere Einkommen übersteigt, diesem letzteren Ausdrucke keine andere Bedeutung gegeben werden kann, als die, welche auch die in demselben a linea kurz vorher gebrauchten Worte: „des seitherigen reinen Diensteinkommens" haben, und darunter nur solche Intraden, welche speziell für das Amt des Bürgermeisters einer Gemeinde von ersterem zu beziehen und von letzterer nach dem letzten a linea des §. 157 citato zu gewähren waren, keineswegs aber solche Einnahmen verstanden werden dürfen, welche mit dem gedachten besonderen Dienstverhältnisse nicht wesentlich, sondern nur zufällig in Verbindung gebracht waren;

Daß hiernach unzweifelhaft bei Bestimmung der Pensions-Ansprüche des Appellanten die Gemeinde Xanten nur für das von ihr bisher ihrem Bürgermeister gezahlte Gehalt aufzukommen braucht und dabei das von den übrigen Gemeinden Wardt und Marienbaum dem Appellanten früher gewährte Gehalt um soweniger in Betracht gezogen werden kann, als dem Appellanten wegen seiner kurzjährigen nur commissarischen Verwaltung dieser Bürgermeistereien auch selbst diesen Gemeinden gegenüber nicht einmal Pensions-Ansprüche zustehen.

Aus diesen und den Gründen des ersten Richters, verwirft u. s. w.

III. Senat. Sitzung vom 10. Februar 1853.

Advokaten: Bessel — Widenmann.

Gemeinde-Ordnung. — Bürgermeister. — Diensteinkommen. — Pensions-Anspruch. — Recurs gegen die Festsetzung der Königl. Regierung.

Die die Pensions-Ansprüche der Bürgermeister feststellenden Verfügungen der Königl. Regierung werden zwischen den Bürgermeistern und den verpflichteten Gemeinden rechtskräftig, insoweit sie nicht im Wege des förmlichen Recurses zum Gerichte von der einen oder der andern Seite angegriffen werden. Es können daher vor Gericht nicht, und am wenigsten erst in zweiter Instanz Fragen erhoben werden, welche nicht schon Gegenstand des Recurses waren.

Als Diensteinkommen des Bürgermeisters ist nicht blos das als Besoldung für die Bürgermeisterstelle fixirte Einkommen (die zur Besoldung ausgesetzten Verwaltungskosten) in Ansatz zu bringen, sondern auch das Nebeneinkommen:

1. aus Klassen- und Gewerbe-Steuer-Ueberschüssen,
2. aus Gebühren für Cataster-Auszüge,
   (Beides blos durch die Verfügung der Königl. Regierung entschieden.)

nicht aber auch die Emolumente von der Provinzial-Feuerversicherung.

Von dem also ermittelten Gesammteinkommen ist zum Zwecke der Herstellung des **reinen** Einkommens ein Drittel in Abzug zu bringen.

War dem Bürgermeister zur Heizung des Dienstlocals **Brandholz** bewilligt, so ist dieses als Naturalbeitrag zu den Büreaukosten zu betrachten; letztere werden daher um den Betrag desselben vermindert und das reine Einkommen wird um ebensoviel erhöhet.*)

---

*) Man vergl. die Urtheile im Arch. 47, 1, 177 u. folgd. — Zugleich wird bemerkt, daß daselbst S. 184 Zeile 8 statt „I. Senat" zu lesen ist „III. Senat."

Gemeinde Oberwesel — Reusch.

Der vormalige Bürgermeister Reusch zu Oberwesel, welcher bei Einführung der Gemeinde-Ordnung vom 11. März 1850 als solcher nicht wieder gewählt wurde, erhob gegen die gedachte Gemeinde einen Anspruch auf Pension, bei welchem er als sein früheres Einkommen folgende Positionen in Anrechnung brachte:

1. was er baar aus der Gemeindecasse nach der Seelenzahl bezogen,
2. 1% Klassensteuer-Ueberschuß,
3. 1% Gewerbesteuer-Ueberschuß,
4. 1½% aus der Provinzial-Feuer-Societät,
5. Gebühren für Mutationen in drei Provinzial-Feuer-Societäts-Cataster,
6. Gebühren für Auszüge aus den Grundsteuer-Cataster-Mutterrollen,
7. Drei Klafter Buchenholz und 300 Buchen-Wellen, Büreau-Brandholz.

Dieses Gesammteinkommen berechnete er zu Thr.	431.	28.	4.
die Ausgaben zu	13.	6.	—
das reine Einkommen mithin zu	418.	22.	4.

und verlangte daher, da er länger als zwölf Jahre Bürgermeister gewesen, die Hälfte dieser Summe mit 209. 11. 2. als jährliche Pension.

Die Königl. Regierung zu Coblenz nahm in ihrer Verfügung vom 19. August 1851 die Posten ad 1, 2, 3 und 6 in quali et quanto als richtig an, fixirte demnach, indem sie die übrigen als nicht hierher gehörig verwarf, das Diensteinkommen auf . . . . Thlr. 383. 16. 10.
berechnete davon ⅓ mit . . . . 127. 25. 7.
als Ausgaben für Verwaltungskosten, die sie in Abzug brachte, und setzte demnach das reine Diensteinkommen auf 255. 21. 3.
und die Hälfte hiervon mit . . . . 117. 25. 8.
als Pension des Reusch fest.

Gegen diese Verfügung der Königl. Regierung ergriff nur Reusch den Recurs zum Königl. Landgerichte zu Coblenz, vor welchem er die oben von ihm aufgestellte Berechnung aufrecht zu erhalten suchte, während der Anwalt der Gemeinde einfach die Verwerfung des Recurses beantragte, und sich subsidiarisch zu dem Beweise erbot, daß die Dienstunkosten des

Reusch als Bürgermeisters (nicht, wie er aufgestellt hatte, nur 13 Thlr. 6 Sgr., sondern) 50 Thlr. betragen habe.

Das Landgericht erkannte hierauf durch Urtheil vom 15. December 1851, wie folgt:

J. E., daß untergebens feststeht, daß der Kläger mehr als zwölf Jahre das Amt eines Bürgermeisters von Oberwesel bekleidet hat, daher ihm jetzt nach seinem Rücktritte in Gemäßheit des §. 157 der Gemeinde-Ordnung vom 11. März v. J. die Hälfte seines bisherigen reinen Diensteinkommens als Pension zusteht;

Daß unter diesem reinen Diensteinkommen offenbar das mit der Bürgermeistereistelle verbundene Einkommen nach Abzug der wirklichen Dienstunkosten verstanden werden muß;

Daß insbesondere unter dem Titel von Dienstunkosten nicht ein Pauschquantum oder eine bestimmte Quote des ganzen Einkommens, wie dies in dem Beschlusse der Königl. Regierung vom 19. August d. J. geschehen ist, in Abrechnung gebracht werden darf, da die citirte Gemeinde-Ordnung eine derartige Bestimmung nicht enthält, und der §. 107 der Gemeinde-Ordnung von 1845 gegenwärtig keine Gesetzeskraft mehr hat;

Daß, was nun die einzeln Positionen der im Antrage des Klägers enthaltenen Aufstellung und zwar zunächst die der Einnahme betrifft, die Positionen 1, 2, 3 und 6 nicht bestritten sind und daher ihrem Gesammtbetrage nach passiren müssen;

Daß, ad Pos. 4. u. 5, die Funktionen eines Lokalagenten, welche das Gesetz über die Provinzial-Feuersocietät vom 5. Januar 1836 den Bürgermeistern übertragen hat, mit den Amtsverrichtungen derselben als Gemeindebeamten in keiner Beziehung stehn, und deshalb die aus diesem Verhältnisse für Rechnung der Feuersocietätskasse bezogenen Emolumente außer Ansatz bleiben müssen;

Daß ebenso ad Pos. 7 der Werth des jährlich von der Verklagten gelieferten Brandholzes bei der Einnahme füglich ohne Berechnung bleiben kann, da das Holz, wie sich aus dem vorliegenden Gemeinderathsbeschlusse ergiebt, nur zur Heizung der Dienstlokale des Klägers bewilligt worden ist, und demnach bei Festsetzung der Dienstunkosten wieder in gleichem Werthe in Anrechnung kommen müßte, ohne daß auf den Umstand Rücksicht genommen werden könnte, daß der Kläger durch

Ersparnisse am Brennmaterial vielleicht einen persönlichen Vortheil gezogen hat;

Daß, was sodann die Dienstausgaben anbelangt, der Kläger behauptet, keines Gehülfen für seine Büreaugeschäfte bedürftig zu sein, und die ganzen Dienstunkosten auf einen sehr geringen Betrag angiebt;

Daß die Verklagte indessen diese Angaben bestreitet und die Summe der Dienstauslagen des Klägers auf 50 Thlr jährlich angiebt, auch desfalls einen erheblichen Beweis erbietet, auf welchen daher zuvörderst zu erkennen ist;

Daß endlich genügende Gründe zur Rechtfertigung des klägerischen Antrages, die Verklagte schon jetzt zur Zahlung des nicht streitigen Betrages der Pension schuldig zu erklären, nicht vorgebracht worden sind;

Daß der Antrag vielmehr unberücksichtigt bleiben muß, da der faktische Sachverhalt untergebens noch nicht vollständig festgestellt ist und aus den producirten Actenstücken sich ergiebt, daß dem Kläger auf die Pension des laufenden Jahres bereits 50 Thlr. gezahlt und ein weiterer Betrag von 77 Thlr. 25 Sgr. 8 Pfg. auf die Gemeindekasse angewiesen worden, derselbe auch als Bürgermeister von Wiebelsheim einen Gehalt bezieht und sich daher nicht in einer drückenden pekuniären Lage befinden kann;

Aus diesen Gründen

setzt das Königl. Landgericht, sprechend in erster Instanz, die Behufs Berechnung der Pension in Betracht kommende Einnahme des Klägers als vormaligen Bürgermeisters von Oberwesel auf die Summe von 380 Thlr. 16 Sgr. 10 Pfg. fest;

Läßt die Verklagte zum Beweise durch Schriften, Zeugen und resp. Sachverständige darüber zu: „daß die Auslagen, welche der Kläger als Bürgermeister von Oberwesel an Papier, Federn, Siegellack, Oblaten, Tinte, Garn, Lichtern, sowie für Besoldung eines Sekretärs oder Gehülfen gehabt hat, jährlich die Summe von 50 Thlr. betragen haben;

Ernennt als Sachverständigen rc.

Gegen dieses Urtheil ergriff die Gemeinde Oberwesel die Haupt-, der Bürgermeister Reusch die Incident-Berufung. In Bezug auf die Hauptberufung wurde im Wesentlichen geltend gemacht:

1. Die Verwaltungs- oder Dienst-Unkosten seien nicht durch ein Beweisverfahren zu ermitteln, sondern nach §. 107 der Gemeinde-Ordnung vom 23. Juli 1845 als Pauschquantum auf $^1/_3$ des Gesammteinkommens festzustellen; jedenfalls würde nicht der Gemeinde, sondern dem als Kläger auftretenden Bürgermeister der Beweis über die Höhe dieser Unkosten obgelegen haben.

2. Das Diensteinkommen dürfe nicht nach dem letzten Jahre allein, sondern müsse nach Analogie des Pensions-Reglements vom 30. April 1825 nach dem Durchschnittsertrage der drei letzten Jahre berechnet werden, wonach es sich um einige Thaler geringer, als in der Verfügung der Königl. Regierung angenommen worden, herausstelle.

3. Die Klassen- und Gewerbe-Steuer-Ueberschüsse, so wie die Beträge für Auszüge aus der Grundsteuer-Cataster-Mutterrolle kommen dem Bürgermeister nicht als solchem, sondern als Staatsbeamten zu, könnten daher auch bei Fixirung der von der Gemeinde zu zahlenden Pension nicht maaßgebend sein.

4. Reusch habe, wenn er auch früher während eines längern Zeitraums anderwärts Bürgermeister gewesen, die Bürgermeisterstelle in Oberwesel doch erst seit 1843 angetreten, könne also von dieser Gemeinde nicht die Hälfte, sondern nur ein Viertel seines bisherigen reinen Diensteinkommens als Pension beanspruchen.

5. Er habe übrigens, wenigstens vorläufig, gar keinen Pensions-Anspruch, da er in Folge der neuen Gemeinde-Ordnung Bürgermeister von Wiebelsheim und überdieß Postexpedient geworden sei und aus diesen beiden Stellen eine höhere Einnahme habe, als ihm früher als Bürgermeister von Oberwesel zugeflossen, woraus dann sogar folge, daß er die bereits für zwei Jahrgänge erhaltene Pension restituiren müsse.

Hierauf wurde Seitens des Appellaten Reusch erwidert:

ad 1. Was als Dienstunkosten von dem Gesammteinkommen in Abzug gebracht werden solle, um das s. g. reine Diensteinkommen darzustellen, sage die Gemeinde-Ordnung vom 11. März 1850, auf welche es hier allein ankomme, nicht; es sei dies also in jedem einzelnen Falle zu ermitteln, und wenn die appellantische Gemeinde dafür eine höhere Summe in Abzug bringen wolle, als auf welche der Appellat den Betrag seiner wirklichen Ausgaben angegeben habe, so liege ihr natürlich die desfallsige Beweislast ob.

ad 2—5. Mit den weiter erhobenen Beschwerden, welche nicht sowohl gegen das Urtheil a quo, als vielmehr gegen die Festsetzungen der Königl. Regierung gerichtet seien, könne die appellantische Gemeinde gegenwärtig nicht mehr gehört werden, da sie gegen die gedachte Verfügung der Königl. Regierung einen Recurs zum Gerichte nicht erhoben habe und eine selbstständige Klage wegen ihrer desfallsigen Ansprüche überhaupt nicht, am wenigsten aber erst in zweiter Instanz anstellen könne. — Subsidiarisch werden sodann diese Beschwerden als materiell unbegründet dargestellt, — was jedoch hier übergangen werden kann, da der A. G. H. die Einrede der Unzulässigkeit angenommen, mithin eine materielle Entscheidung über diese Streitpunkte nicht erlassen hat.

Sodann aber hat der Bürgermeister Reusch — wie bereits bemerkt — gegen das obige Urtheil auch die Incidentberufung eingelegt, und zwar deshalb, weil das Landgericht die von dem Incidentappellanten ad 4, 5 und 7 seiner Aufstellung aufgeführten Einnahme-Positionen außer Ansatz gelassen habe, obwohl er doch auch diese Einnahmen in seiner Eigenschaft als Bürgermeister von Oberwesel bezogen habe.

Der A. G. H. erließ hierauf, im Wesentlichen den Anträgen des öffentl. Ministeriums beipflichtend, folgendes

Urtheil:

J. E., daß durch Beschluß der Kgl. Regierung in Coblenz vom 19. August 1851 die Höhe der Pension des rc. Reusch, als früherer Bürgermeister von Oberwesel festgesetzt worden ist, und dieser Beschluß der Appellantin gegenüber in Rechtskraft erwachsen ist, da sie es unterlassen hat, wie es die §§. 61 und 139 der Gemeinde-Ordnung vom 11. März 1850 in Verbindung mit §. 12 a der Ministerial-Instruction vorschreiben, den Recurs an die Gerichte zu ergreifen; daß dieselbe dermalen nicht, und am allerwenigsten in zweiter Instanz befugt ist, die in jenem Beschlusse enthaltenen Feststellungen über Einkommen, Dienstzeit und Fixirung der Gehalts-Quote nach Maßgabe der Dienstzeit anzufechten, es vielmehr in Ansehung ihrer hierbei sein Bewenden haben muß;

Daß daher die Appellations-Beschwerden nur in sofern zu prüfen sind, als sie diejenigen erstrichterlichen Entscheidungen zum Gegenstande haben, welche auf den Recurs des Appellaten

ergangen sind, und den Regierungs-Beschluß vom 19. August 1851 zum Nachtheile der Appellantin modificirt haben;

Daß dieses nur in einem Punkte der Fall ist, indem nämlich der erste Richter annimmt, das reine Diensteinkommen ermittle sich durch den Abzug der wirklich nachweislichen Dienstausgaben (Büreaukosten), während in dem Regierungs-Beschluß die Büreaukosten auf $1/3$ der ganzen Einnahme festgestellt sind;

Daß in §. 107 der Gemeinde-Ordnung von 1845 festgesetzt worden ist, daß von dem Diensteinkommen eines Bürgermeisters $2/3$ als Besoldung und $1/3$ als Büreaukosten angesehen werden sollen, und damit eine Bestimmung für den vorliegenden Fall gegeben ist;

Daß zwar der erste Richter annimmt, die Gemeinde-Ordnung sei zur Zeit der Pensionirung des ꝛc. Reusch nicht mehr gültig gewesen und daher nicht maaßgebend; daß es sich aber gerade um Ermittelung des r e i n e n Diensteinkommens handelt, welches der Appellat unter Herrschaft der alten Gemeinde-Ordnung bezogen hat, und daher dasjenige, was diese darüber enthält, zur Anwendung kommen muß;

Daß in der That auch die Feststellung des Büreau-Aufwandes nur nach Normalsätzen geschehen kann, indem außerdem übertriebene Sparsamkeit und selbst Verletzung des Anstandes durch Verwendung schlechter Materialien bei Berechnung der Pension in vortheilhafte Anrechnung kämen;

Daß auch das Nebeneinkommen von Klassen- und Gewerbsteuer-Ueberschuß ꝛc. zu dem Büreau-Aufwande nach dem Satze von $1/3$ contribuiren muß, da sie einen Theil des Gehaltes ausmachen und die Geschäfte, für welche diese Remunerationen gewährt werden, einen Büreau-Aufwand verursachen;

Daß demnach die Berufung in diesem Punkt gegründet erscheint, und es unter Aufhebung der erstrichterlichen interlocutorischen Entscheidung bei der Festsetzung des Regierungsbeschlusses vom 19. August 1851 sein Bewenden behält;

Was die Incidentberufung betrifft:

J. E., daß die Entscheidung des ersten Richters zu den Positionen 4 u. 5 aus den angegebenen Gründen sich rechtfertigt; daß die Feuer-Assecuranz eine Gemeindeangelegenheit nicht ist, und daher auch die Gemeinde als solche aus den Dienstleistungen und Remunerationen ihres Bürgermeisters keine

Verpflichtungen überkommt; daß dagegen ad Pos. 7 die Incidentberufung gerechtfertigt erscheint, indem das Besoldungsholz von der Gemeinde zur Heizung der Dienstlokale des Bürgermeisters nachträglich und ausdrücklich bewilligt worden ist, und sich als Naturalbeitrag zu den Büreaukosten darstellt, daher diese um den unbestrittenen Betrag von 38 Thlr. vermindert und das reine Einkommen um soviel erhöht;

Aus diesen Gründen

reformirt der A. G. H. auf die Haupt- und Incidentberufung erkennend das Urtheil des Königl. Landgerichts zu Coblenz vom 15. December 1851, setzt das Brutto-Diensteinkommen des Appellaten als Bürgermeister von Oberwesel, wie in erster Instanz geschehen, auf die Summe von 383 Thlr. 16 Sgr. 10 Pfg. fest; die Büreaukosten auf 1/3 dieses Betrages, abzüglich von 38 Thlr. für in natura bezogenes Holz, und verurtheilt die Appellantin die Hälfte des sich so ergebenden reinen Einkommens mit 146 Thlr. 25 Sgr. 8 Pfg. an den Appellaten zu bezahlen; verwirft im übrigen die Anträge der Parteien, compensirt die Kosten beider Instanzen.

I. Senat. Sitzung vom 28. Februar 1853. *)

Advokaten: von Hontheim — Rübsahmen.

Gemeinde-Ordnung. — Bürgermeister. — Diensteinkommen. — Pensions-Anspruch.

Bei Berechnung des „seitherigen reinen Diensteinkommens" der nach der Gemeinde-Ordnung von

---

*) Nach dem Obigen scheint der A. G. H. das Brandholz, resp. den unbestrittenen Betrag desselben mit 38 Thlr. in folgender Weise in Berechnung gebracht zu haben:

Gesammt-Diensteinkommen		383. 16. 10.
1/3 hiervon als Dienstunkosten . . .	127. 25. 8.	
wovon jedoch der Betrag des in natura gelieferten Holzes mit . . .	38. — —	
in Abzug kommt; bleibt an Dienstunkosten . .		89. 25. 8.
Dies abgezogen vom Gesammteinkommen, bleibt als reines Diensteinkommen		293. 21. 2.

und hiervon bildet die Hälfte — 146 Thlr. 25 Sgr. 8 Pf. das jährliche Pensionsquantum.

1850 pensionsberechtigten Bürgermeister kommt nicht in Anschlag:

1. die dem Bürgermeister „als Ersatz gewisser baaren Auslagen" bewilligte Zulage;
2. die Gebühren für Kataster-Auszüge;
3. die Gebühren für Verrichtungen in Angelegenheiten der Provinzial-Feuer-Societät.

v. Carnap — Gemeinde Elberfeld.

Gegen die dem früheren Bürgermeister von Elberfeld Adolph von Carnap von der Königl. Regierung zu Düsseldorf festgesetzte Pension provozirte dieser auf rechtliches Gehör, weil bei Fixirung der Pension eine ihm für Repräsentationskosten bewilligte persönliche Zulage von 500 Thlr., so wie die Gebühren für Kataster-Auszüge und Verrichtungen für die Provinzial-Feuer-Societät nicht in Anschlag gebracht worden.

Durch Urtheil vom 21. April 1852 verwarf das Landgericht zu Elberfeld den Recurs des v. Carnap, indem es zunächst in facto hinsichtlich der persönlichen Zulage von 500 Thlr. ausführte, daß diese dem v. Carnap auf seinen Antrag lediglich zur Bestreitung derjenigen Auslagen bewilligt worden seien, welche ihm als Oberbürgermeister aus den im Interesse der Stadt gebotenen Einladungen und Bewirthungen hoher in- und ausländischer Gäste erwüchsen. Dann fährt das Urtheil fort:

J. E., daß demnach diese 500 Thlr. nur als Ersatz der oben erwähnten Auslagen und mithin nicht als ein Theil des reinen Diensteinkommens im Sinne des §. 157 der Gemeinde-Ordnung vom 11. März 1850 betrachtet werden können;

Daß die Fixirung dieser Kosten für die ganze Amtsdauer des Klägers auf das jährliche Pauschquantum von 500 Thlr. ihre eben angegebene Qualität nicht ändert, da diese Fixirung den Kläger zwar von der Rechnungsablage, nicht aber von der bei Ertheilung der Zulage sowohl von ihm selbst, als auch von dem Stadtrathe und der Regierung klar ausgesprochenen Verpflichtung entband, in soweit es die Interessen der Stadt erheischten, jährlich die 500 Thlr. zu der nöthigen Repräsentation zu verwenden.

J. E. zu den fernern Klagepunkten: daß die Ausdrücke „Gehalt" im §. 60 und „Diensteinkommen" im §. 157 der Gemeinde-Ordnung vom 11. März 1850 zwar unzweifelhaft absichtlich verschieden von dem Gesetzgeber gewählt wurden, weil man in letzterem nicht nur, wie im §. 60 das fixirte Gehalt, sondern das Gesammt-Diensteinkommen, welches der zu Pensionirende in seiner Eigenschaft als Bürgermeister, gleichviel in welcher Art und unter welchem Titel er es von der Gemeinde bezogen hat, inbegriffen wissen wollte;

Daß aber, da es sich bei Erlassung des Gesetzes lediglich von Communal-Angelegenheiten handelt, der Ausdruck „Diensteinkommen" auch nur von dem Einkommen zu verstehen sein kann, welches der Bürgermeister als Communal-Beamter und für die der Commune geleisteteten Dienste bezogen hat;

Daß, wenn nun auch die Besorgung der Provinzial-Feuer-Societäts-Angelegenheiten, und die Ertheilung von Auszügen aus den auf den Bürgermeisterei-Aemtern deponirten Kataster-Mutterrollen, durch das Provinzial-Feuer-Societäts-Reglement vom 5. Januar 1836 und die Verfügung des General-Direktors des Katasters vom 10. Februar 1828, mit dem Amte der Bürgermeister verbunden, und letzteren dafür später durch die Cabinets-Ordre vom 2. Mai 1845 und die eben erwähnte Verfügung des General-Direktors des Katasters bestimmte Gebühren zugesichert sind, diese Verbindung doch nur als eine zufällige, und nicht als eine wesentliche, im Interesse der Commune liegende sich darstellt;

Daß weder die Fassung des §. 157 l. c., noch auch die demselben vorhergegangenen Kammerverhandlungen einen Anhaltspunkt für die Annahme darbieten, daß man den Gemeinden die Verpflichtung habe auferlegen wollen, den nicht wieder gewählten Bürgermeistern auch für das Einkommen aus solchen nur im Interesse von Privaten oder von dritten Corporationen geleisteten Diensten eine Pension zu bezahlen;

Daß daher der Kläger die aus der Besorgung der Provinzial-Feuer-Societäts-Angelegenheiten und aus der Ertheilung von Kataster-Auszügen bezogenen Emolumente bei der Berechnung der ihm von der Beklagten zu bezahlenden Pension ebenfalls nicht in Ansatz bringen kann.

Die von dem Kläger gegen dieses Urtheil eingelegte Berufung verwarf der Hof in Uebereinstimmung mit dem Antrag

des öffentl. Ministeriums, indem er im Wesentlichen die Gründe des ersten Richters adoptirte.

III. Senat. Sitzung vom 22. Juni 1853.

Advokaten: Kyll — Widenmann.

Handelsgesellschaft. — Falliment. — Verschiedenheit der Rechte der Gläubiger und Verschiedenheit des Vermögens der Gesellschaft als solcher und der einzelnen Gesellschafter.

Die Handelsgesellschaft ist ein selbstständiges, von den einzelnen Gesellschaftern verschiedenes Rechtssubject.

Das Vermögen einer solchen Gesellschaft als solches ist den Gläubigern derselben vorzugsweise vor den Privatgläubigern der einzelnen Gesellschafter verhaftet, während diese Privatgläubiger nur das in dem Privatvermögen des Gesellschafters Verbliebene, resp. seinen verhältnißmäßigen Antheil an dem etwaigen Ueberschuß des Gesellschaftsvermögens in Anspruch zu nehmen berechtigt sind.

Fallirt eine Handelsgesellschaft, so können nur die Gläubiger der letztern nicht auch die Gläubiger der einzelnen Gesellschafter zum Passivstatus der Masse aufgenommen werden, und es gilt dieses auch selbst dann, wenn einer der Gesellschafter früher allein ein Geschäft unter einer Firma betrieben, und dann in dasselbe unter Beibehaltung der bisherigen Firma einen Gesellschafter aufgenommen, so daß auch in diesem Falle die vor Abschluß des Gesellschaftsvertrages schon vorhanden gewesenen Gläubiger des Geschäfts bei der Fallitmasse der Gesellschaft ihre Forderungen mit Erfolg nicht anmelden können, es sei denn, daß durch eine Bestimmung des Gesellschaftsvertrages der Uebergang der frühern Passiven auf die Gesellschaft beliebt worden.

Hierbei wird aber vorausgesetzt, daß eine eigent-

liche Handlungsgesellschaft creirt worden, und daß nicht blos eine unwesentliche Modification des bisherigen Geschäfts eingetreten, und daß auch nicht blos zum Schein eine Gesellschaft abgeschlossen worden.

Wittwe Hilbert jun. — Fallitmasse P. W. Hilbert.

Die Wittwe Hilbert sen. hat bis zum 1. Juni 1844 das von ihrem Ehemanne Pet. Wilh. Hilbert sen. gegründete Weingeschäft nach dem Tode des letztern unter der Firma Peter Wilhelm Hilbert für alleinige Rechnung betrieben. Durch in gesetzlicher Weise affichirten notariellen Vertrag vom 28. Februar 1844 nahm sie den Joh. Fr. Heynen „als Theilhaber in ihre zu Köln bestehende Weinhandlung unter der Firma Pet. Wilh. Hilbert auf, und zwar für den Zeitraum von 12 Jahren, vom 1. Juni 1844 bis 1. Juni 1856. —" Ueber die Passiven des bisherigen Geschäfts ist im Gesellschaftsvertrage nichts gesagt. Durch Urtheil des Handelsgerichts zu Köln vom 3. October 1851 wurde die Handlung Pet. Wilh. Hilbert fallit erklärt.

Die Wittwe Hilbert jun., die Schwiegertochter der Wittwe Hilbert sen., meldete nun bei dem Syndik des Falliments eine Forderung von 12700 Thlr. an, herrührend aus der dem Abschluß der Gesellschaft vorhergegangenen Geschäftsperiode, — wofür dann auch die Wittwe Hilbert jun. notarielle Anerkenntnisse der Wittwe Hilbert sen. und ein gegen letztere erlassenes rechtskräftiges Urtheil producirte. —

Der Syndik widersprach der Aufnahme dieser Forderung, weil dieselbe der Wittwe Hilbert jun. nicht gegen die fallirte Gesellschaft Pet. Wilh. Hilbert zustehe, und das Handelsgericht zu Köln hat durch sein Urtheil vom 19. März 1852 den Widerspruch des Syndiks für begründet erklärt, und die Aufnahme der qu. Forderung zum Passivstatus des Falliments abgelehnt.

Auf die von der Wittwe Hilbert jun. eingelegte Berufung hat der Appellationsgerichtshof in Uebereinstimmung mit dem Antrage des öffentl. Ministeriums folgendes Urtheil erlassen:

I. E., daß die Ausführungen der Appellantin, nicht sowohl dahin gerichtet sind, daß die Handelsgesellschaft „Pet. Wilh. Hilbert," Mangels Beobachtung der zur Constituirung einer Handelssocietät vorgeschriebenen gesetzlichen Förmlichkeiten,

eine rechtliche Existenz überhaupt nicht erlangt habe, als vielmehr, in Gemäßheit der dem appellantischen Antrage gegebenen mündlichen Entwicklung, dahin: daß nach Lage der Sache die unterm 28. Februar 1844 angeblich gegründete Handlungsgesellschaft unter der Firma „Pet. Wilh. Hilbert" nur als eine Fortsetzung des bis dahin von der Wittwe Hilbert sen. allein, unter der Firma „Pet. Wilh. Hilbert" geführten kaufmännischen Geschäfts angesehen werden könne, jedenfalls diese Gesellschaft, dem Publicum gegenüber, nicht erkenntlich als ein neues Geschäft aufgetreten, daher die durch das Gesetz gewollte Sicherheit des handeltreibenden Publicums verletzt und folgeweise diese Gesellschaft selbst nicht als ein selbstständiges Rechtssubject zu betrachten sei;

J. E., daß allerdings aus dem Umstande allein, daß mittelst der gesetzlich vorgeschriebenen Förmlichkeiten eine Handlungsgesellschaft als neu constituirtes Geschäft zur öffentlichen Kenntniß gebracht wird, sich zum Nachtheil der bisherigen Privatgläubiger der einzelnen Gesellschafter noch nicht unbedingt die rechtliche Folge herleiten läßt, daß schon wegen dieser Form der Veröffentlichung den betreffenden Gläubigern die Befugniß abgeschnitten sei, nachzuweisen, daß in der Wirklichkeit eine eigentliche Handlungsgesellschaft nicht in's Leben gerufen, sondern nur eine, die Rechte der bisherigen Gläubiger wesentlich nicht berührende Modification in dem, von ihrem Schuldner bisher allein geführten Geschäfte eingetreten oder sogar nur ein, die Verkürzung ihrer Rechte bezweckendes Geschäft abgeschlossen worden sei; daß indeß im untergebenen Falle die Behauptung der Appellantin aller Anhaltspunkte entbehrt, insbesondere die in dieser Beziehung aus dem Gesellschaftsvertrage selbst hergeleiteten Schlüsse sich als zureichend nicht bewähren, vielmehr nach Inhalt dieses Acts eine Handlungsgesellschaft im gesetzlichen Sinne zwischen den Contrahenten, Wittwe Hilbert sen. und Kaufmann Heynen, unzweifelhaft begründet worden ist, deren Abschließung, abgesehen von der erfolgten öffentlichen Bekanntmachung, der Appellantin um so weniger unbekannt bleiben konnte und unbekannt geblieben ist, als sie die Wittwe des nicht lange vor dem Vertrage verstorbenen Sohnes und Geschäftsführers der Wittwe Hilbert sen. war, auch das Geschäft selbst, als ein handelsgesellschaftliches, vom Jahre 1844 ab bis zum März des Jahres 1850 stets betrieben und im December 1850

von der Wittwe Hilbert sen. in Vollziehung des am 4. März 1850 geschlossenen Vertrages Behufs Auseinandersetzung und Aburtheilung der aus dem Gesellschaftsvertrage entstandenen Differenzen auf Ernennung von Schiedsrichtern angetragen, so wie auch das demnächst von dem Handelsgerichte angeordnete schiedsrichterliche Verfahren von der Appellantin, als Benefiziar-Erbin der inzwischen verstorbenen Wittwe Hilbert sen. bis zur Falliterklärung der Handlungsgesellschaft „Pet. Wilh. Hilbert" fortgesetzt worden ist; — das diesen Umständen gegenüber die Thatsache, daß die von der Wittwe Hilbert sen. für ihr bisheriges Weingeschäft geführte Firma „Pet. Wilh. Hilbert" in dem Gesellschaftsvertrage auch als Firma der Societät angenommen und letztere unter dieser Firma geführt worden ist, an und für sich selbst eben so wenig auf eine Identität beider kaufmännischen Geschäfte, als auf eine Uebernahme der Verbindlichkeiten des früheren Geschäfts der Wittwe Hilbert sen. in die demnächst errichtete Handlungsgesellschaft schließen läßt;

Daß, wenn sonach Appellantin die Existenz einer Handlungsgesellschaft anerkennen muß, und, wie oben gezeigt, thatsächlich anerkannt hat, die fernerweit von den Parteien ventilirte Frage zur Entscheidung sich darbietet: Ob und welchen Einfluß deren Constituirung auf die Rechte der Appellantin, als Privatgläubigerin ihrer Schwiegermutter, auszuüben geeignet sei?

I. E., daß eine Handlungsgesellschaft eine moralische Person bildet, welche für sich eine rechtliche Existenz hat, d. h. als ein, von den einzelnen Personen, welche sie bilden, verschiedenes Rechtssubject sich darstellt, dessen Bestehen zwar den Gläubiger, welcher nicht mit der Gesellschaft, sondern mit dem einzelnen Gesellschafter contrahirt oder früher contrahirt hat, in Geltendmachung seiner Rechte, sei es auf das privative Vermögen seines Schuldners, sei es auf dessen Antheil am Gewinne der Gesellschaft, nicht hindert, dessen Existenz aber, bei obwaltender Insufficienz des Gesellschafts-Vermögens, seine rechtliche Wirksamkeit dahin äußert, daß die als aus dem Vermögen des einzelnen Gesellschafters heraus- und als in das der Gesellschaft übergegangen zu betrachtenden Vermögenstheile, oder mit andern Worten, daß das Vermögen der Gesellschaft, als solches, denjenigen Gläubigern, welche mit der Gesellschaft als einem selbstständigen Rechtssubjecte contrahirt haben, vorzugsweise vor

den Privatgläubigern der einzelnen Gesellschafter verhaftet ist, während diese nur das in dem Privatvermögen des Gesellschafters Verbliebene, resp. seinen verhältnißmäßigen Antheil an dem etwaigen Ueberschuß des Gesellschaftsvermögens in Anspruch zu nehmen berechtigt sind; — daß diese rechtliche Folge theils aus der, den Individuen über ihr Vermögen zustehenden freien, nur in besonderen Fällen beschränkten Dispositionsbefugniß, theils aus der Natur und der im Gesetze entwickelten Wirkung einer Handlungsgesellschaft sich ergiebt, es dagegen Sache der Privatgläubiger der einzelnen Gesellschafter ist, durch zeitige Wahrung ihrer Rechte, wozu insbesondere in den Art. 1166 u. 1167 des B. G. B. die Mittel gegeben sind, sich gegen die nachtheiligen Folgen einer solchergestalt in den Vermögensverhältnissen ihres Schuldners eingetretenen Veränderung zu schützen;

Daß zwar, in Anwendung dieser Grundsätze auf den untergebenen Fall, die Feststellung und Ermittelung dessen, was aus dem Vermögen der Wittwe Hilbert sen. als in das der Handlungsgesellschaft übergegangen zu betrachten, mit Schwierigkeiten verknüpft sein dürfte, da hierüber eine genaue Festsetzung in dem Gesellschaftsvertrage nicht enthalten ist, sondern nach §. 2 l. c. die Wittwe Hilbert sen. sich in dieser Beziehung auf die Erklärung beschränkt hat, daß sie eine Summe von 25000 Thlr. für die vertragsmäßige Dauer der Societät in dem Geschäfte belasse „welcher Betrag (wie es in dem Acte ferner heißt) aus dem Weinlager, den dazu gehörigen Lagerhölzern, Fässern und anderen Geräthschaften, so wie aus den eingehenden Forderungen gebildet werde,“ ohne daß hierbei (wie von der Appellantin besonders geltend gemacht worden) der das bisherige Geschäft der Wittwe Hilbert betreffenden Verbindlichkeiten irgend Erwähnung gethan oder dieserhalb eine Liquidation vorhergegangen wäre; daß indeß diese Schwierigkeit in der Ausführung an den oben entwickelten rechtlichen Grundsätzen wesentlich nichts zu ändern, noch, bei dem Schweigen des Gesetzes in dieser Beziehung, die thatsächliche Annahme zu rechtfertigen vermag, daß in Ermangelung einer solchen vorgängigen Liquidation und Feststellung, die bisherige Verbindlichkeit der einzelnen Gesellschafter als stillschweigend von der Gesellschaft übernommen oder gar diese selbst nur als eine Fortsetzung der früheren Geschäftsverhältnisse zu betrachten sei, und zwar dies um so weniger, als

unter einer solchen Annahme zunächst das handeltreibende Publikum, welches der öffentlich verkündeten Handelsgesellschaft seinen Credit geschenkt und nur mit dieser contrahirt hat, widerrechtlich leiden würde; — daß jedenfalls in den Stipulationen des vorliegenden Vertrages eine ausdrückliche Einverleibung resp. Uebernahme der bisherigen Schuldverhältnisse der einzelnen Gesellschafter in das Gesellschaftsvermögen nicht enthalten, vielmehr in dieser Beziehung im §. 8 l. c. gesagt ist „daß die Einziehung der Forderungen des bisherigen Geschäfts der Wittwe Hilbert ohne Verbindlichkeit übernommen werde“ und es demnach der Appellantin überlassen bleiben muß, ihre Rechte auf das, den Gesellschaftsgläubigern nur subsidiarisch haftende Privatvermögen der Wittwe Hilbert sen., der Fallitmasse gegenüber, im eintretenden Falle geltend zu machen, dagegen die von ihr subsidiarisch beantragte Bildung einer besonderen Masse dieses Vermögens um so weniger angeordnet werden kann, als ein Falliment der Wittwe Hilbert überall nicht ausgesprochen worden ist, und die gegenwärtige Contestation im Lauf des gegen die Handlungsgesellschaft „Pet. Wilh. Hilbert“ eröffneten Falliments-Verfahrens sich erhoben hat;

Aus diesen Gründen

verwirft der Rh. R. G. H. die von dem Urtheile des Handelsgerichts zu Köln vom 19. März 1852 eingelegte Berufung mit Strafe uud Kosten.

III. Senat. Sitzung vom 27. April 1853.

Advokaten: Nacken — Esser I.

Klage auf Anerkennung der Unterschrift auf einem Privatacte. — Kostenpunkt im Falle des Ausbleibens des Verklagten.

Wenn der auf Anerkennung seiner Unterschrift vorgeladene Verklagte nicht erscheint und deshalb seine Unterschrift für ächt erklärt wird, so sind ihm auch die Kosten zur Last zu legen, und wenn der Verklagte gegen ein solches Contumacialurtheil opponirt, so wird er, obgleich er seine Unterschrift anerkennt, von den Kosten

doch nicht entbunden, und derselbe ist auch in die Kosten des Oppositionsverfahrens zu verurtheilen. — Art. 193, 194, 150 u. 130 der B. P. O.

Blömling — Stadtgemeinde Köln.

Die Stadtgemeinde Köln klagte beim Königl. Landgerichte zu Köln gegen Blömling auf Anerkennung seiner Unterschrift unter einem Privatkaufvertrage; Blömling bestellte keinen Anwalt, und es erging deshalb ein Contumacialurtheil, wodurch die Unterschrift für anerkannt und Blömling in die Kosten verurtheilt wurde. Dieser opponirte, seine Unterschrift anerkennend, aber antragend, die Kosten der Stadtgemeinde Köln zur Last zu legen. Das Landgericht verwarf durch Urtheil vom 23. Juni 1852 den Einspruch und legte dem Blömling auch die ferner aufgegangenen Kosten zur Last, indem es erwog:

Daß bei einer Verbindung der Art. 193 und 194 der B. P. O. darüber kein Zweifel obwaltet, daß der erste Artikel nur den Fall im Auge hat, wo der Verificationsverklagte erscheint und die Unterschrift als von ihm herrührend anerkennt, und über dieses Anerkenntniß Urkunde ertheilt wird;

Daß nur in diesem Falle der Verklagte mit Kosten verschont werden soll;

Daß dagegen in dem Falle, wenn der Verklagte nicht erscheint, und nur in Gemäßheit des Art. 194 die qu. Unterschrift für anerkannt gehalten werden soll, die allgemeinen der Rheinischen Prozeß-Ordnung zum Grunde liegenden Prinzipien zur Anwendung kommen müssen, wonach beim Nichterscheinen eine negative Litiscontestation und demgemäß angenommen werden muß, daß die Unterschrift bestritten worden, daß folglich auch die Kosten des Prozesses dem Verklagten als unterliegendem Theile zur Last zu legen sind, Art. 150 und 130 der B. P. O.;

Daß auch in der That der Kläger im letzten Falle einen unangreifbaren Titel über ein Anerkenntniß nicht erlangt, indem es dem Verklagten immer noch möglich ist, im Wege der Opposition gegen das Contumacialurtheil seine Unterschrift mit Erfolg zu bestreiten;

Daß endlich, wenn auch im Falle des Art. 194 eine Verurtheilung des Verklagten zu den Kosten ausgeschlossen sein

sollte, dem Kläger kein Mittel zu Gebot stehen würde, das Urtheil in Rechtskraft zu bringen und vor Peremtion zu schützen.

Auf die von Blömling eingelegte Berufung erließ der Appellationshof folgendes confirmatorische

Erkenntniß:

J. E., daß nach einem in dem Art. 130 der B. P. O. ganz allgemein ausgesprochenen Grundsatze der in einem Civil-Prozesse unterliegende Theil die Prozeßkosten tragen muß;

Daß der Appellant auf die von der Stadtgemeinde Köln gegen ihn erhobene Klage auf Anerkennung seiner unter dem Verkaufsprotokolle vom 10. März 1846 befindlichen Unterschrift unterlegen hat, indem durch das auf diese Klage ergangene Contumacial-Erkenntniß des Königl. Landgerichts hierselbst vom 10. Mai 1852, die fragliche Unterschrift in contumaciam für anerkannt erklärt und er in die Kosten verurtheilt worden ist;

Daß in dieser Lage der Sache daher nur zu untersuchen bleibt, ob diese Entscheidung gesetzlich begründet erscheint, oder ob der Appellant rechtliche Gründe hat, sich über dieselbe zu beschweren und folglich der gegen dieselbe von ihm erhobene Einspruch als begründet erscheint;

Daß diese Frage zum Nachtheile des Appellanten entschieden werden muß, da, auch selbst abgesehen davon, daß derselbe die Aechtheit seiner Unterschrift unter der bezogenen Verhandlung nunmehr ausdrücklich anerkennt, der erste Richter, indem er bei dem Ausbleiben des Appellanten die Unterschrift desselben in contumaciam für anerkannt erklärte, jedenfalls nur dasjenige erkannt hat, wozu er durch die Verfügung des Art. 194 der B. P. O. ausdrücklich angewiesen worden ist;

Daß, wenn nun aber die in dem bezogenen Contumacial-Erkenntnisse vom 10. Mai 1852 in der Sache selbst enthaltene Entscheidung als völlig begründet erscheint, die gleichzeitige Verurtheilung des Appellanten in die durch diese Entscheidung veranlaßten Kosten sich nach der obigen Ausführung von selbst rechtfertigt, mithin auch der gegen jenes Urtheil von dem Appellanten erhobene Einspruch rechtlich nicht begründet ist;

Daß zwar der Appellant, was den Kostenpunkt betrifft, eine ihm günstigere Entscheidung der Bestimmung des Art. 193 der B. P. O. zufolge hätte erwirken können, wenn er auf die erste an ihn ergangene Vorladung erschienen wäre

und die Aechtheit seiner Unterschrift ausdrücklich anerkannt hätte, daß aber dieses nicht der Fall gewesen ist und daher der Appellant die Folgen seines Nichterscheinens auf die erste an ihn ergangene Vorladung selbst tragen muß;

Daß dagegen die erst in der Oppositions-Instanz von dem Appellanten abgegebene Erklärung der Aechtheit seiner Unterschrift, die früher unterbliebene Erklärung desselben in dieser Beziehung nicht zu ersetzen, vielweniger denn die rechtliche Wirkung des völlig begründeten Contumacial-Erkenntnisses vom 10. Mai 1852 zu beseitigen vermag;

Daß endlich aus demselben Grunde die Bestimmung des Art. 3 des Gesetzes vom 3. September 1807 in dem vorliegenden Falle nicht maßgebend sein kann, weil daselbst der Fall vorgesehen ist, in welchem ein Schuldner die Aechtheit seiner Unterschrift nicht leugnet, hier aber angenommen werden muß, daß, wie dieses auch schon von dem ersten Richter angedeutet worden ist, der Appellant, indem derselbe auf die erste an ihn erfolgte Vorladung nicht erschien, die Aechtheit seiner Unterschrift habe in Zweifel ziehen, wenigstens dieselbe nicht ausdrücklich habe anerkennen wollen.

Aus diesen Gründen

verwirft der Königl. Rh. A. G. H. die Berufung gegen das Urtheil des Königl. Landgerichts zu Köln vom 23. Juni 1852 und verurtheilt den Appellanten in die Kosten der Appellations-Instanz, so wie in die gesetzliche Succumbenzstrafe.

III. Senat. Sitzung vom 4. Mai 1853.

Advokaten: Kyll — Esser I.

Apotheke. — Apothekerrecht. — Apotheker-Concession. — Apotheker-Geschäft. — Werthschätzung bei der Theilung.

Die im Bergischen vor Einführung der französischen Gesetze gestattete Errichtung einer pharmaceutischen Officin in einem bestimmten Distrikt unter den Bedingungen der Medizinal-Polizei verlieh nicht schon ein vererbliches und veräußerliches Privilegium, vielweniger ein Real-Privilegium.

Jedenfalls kann in einer solchen Apotheke gegenwärtig, nach §. 54 der Allg. Gewerbe-Ordnung vom 17. Januar 1845, ein Gegenstand erblicher oder verkäuflicher Uebertragung nicht gefunden werden.

Dagegen bildet das Apotheker-Geschäft als solches, mit Rücksicht auf das den Erben des verstorbenen Concessionars zustehende Recht der Präsentation eines Nachfolgers, einen Bestandtheil des Nachlasses, und ist mithin Behufs Ermittelung des Pflichttheils eines Miterben mit zur Abschätzung zu ziehen.*)

Hartcop — Hartcop.

Der am 4. Juli 1849 verstorbene Apotheker Johann Jacob Hartcop zu Opladen hinterließ aus erster Ehe mit Wilhelmine Bertram einen Sohn Eduard Hartcop, und aus zweiter Ehe mit der Helene Hasenack drei Töchter: Pauline, Louise und Helene, Ehefrau Dörenberg; eine vierte Tochter aus zweiter Ehe war mit Hinterlassung eines Kindes gestorben. Durch Notarialact vom 29. März 1849 übertrugen die Eheleute Johann Jacob Hartcop und Helene Hasenack unter Vorbehalt der lebenslänglichen Nutznießung ihren unverheiratheten Töchtern Louise und Pauline Hartcop ihre sämmtlichen Immobilien, unter diesen auch das Haus, worin die Apotheke befindlich, so wie das gesammte Mobilar, nebst der gesammten Apotheken-Einrichtung, dem Geschäfts-Inventarium, Utensilien, Medikamenten, Waarenvorräthen und der Bibliothek, ausschließlich jedoch der Concession, für einen namhaft gemachten Preis, welcher ein Jahr nach dem Tode des Längstlebenden der Eltern in die elterliche Nachlassenschaft eingeworfen werden solle. Außerdem verfügte der Vater Hartcop testamentarisch, daß dasjenige der Kinder, welches jenen Uebertragsact angreifen möchte, auf den Pflichttheil gesetzt sein solle.

Sofort nach dem Tode des Vaters erhoben die beiden Uebernehmerinnen beim Landgerichte zu Düsseldorf gegen die andern Kinder erster und zweiter Ehe und gegen die Wittwe zweiter Ehe eine Klage auf Theilung der zwischen Johann

*) Vergl. Archiv 37, 1, 145 und oben 1, 113.

Jacob Hartcop und Helene Hasenack bestandenen Gütergemeinschaft und des Nachlasses des Erstern, und zwar unter Zugrundelegung des vorgedachten Uebertragsactes, dessen Anerkennung verlangt wurde.

Die Verklagten, mit Ausnahme des Sohnes erster Ehe, adhärirten den Anträgen der Klägerinnen; Letzterer dagegen griff den Uebertragsact aus mehrfachen Gründen als nichtig und wirkungslos an; seine desfallsigen Einwendungen wurden aber verworfen und er dem Testamente gemäß auf den Pflichttheil beschränkt.

Inzwischen hatte die Wittwe Hartcop bereits am 20. August 1849 von der Königl. Regierung zu Düsseldorf die Erlaubniß zur Fortführung der Apotheke erhalten; das desfallsige Rescript lautet:

> In Berücksichtigung der in Ihrer an den Königl. Landrath gerichteten Vorstellung vom 18. v. Mts. angezeigten Umstände wird ihnen auf Grund eines hohen Ministerial-Rescriptes vom 13. d. Mts. unserm Antrage gemäß hierdurch gestattet, die von Ihrem Ehegatten hinterlassene Apotheke zu Opladen nach den Bestimmungen der §§. 4 und 5 der revidirten Apotheker-Ordnung für Ihre resp. der übrigen Hinterbliebenen Rechnung durch einen vereidigten befähigten Provisor fortführen zu lassen.

Im Frühjahre 1850 heirathete hierauf der Apotheker Gustke die Louise Hartcop, und am 14. April 1850 wurde diesem die Concession zur Führung der Apotheke ertheilt. Diese Concession lautet:

> Dem Apotheker I. Klasse Friedrich Wilhelm Gustke wird hierdurch die nachgesuchte Erlaubniß ertheilt, die von ihm nach §. 5 der revidirten Apotheker-Ordnung übernommene Apotheke zu Opladen nach Maßgabe der Verfügung vom 10. November 1846 (Amtsbl. 62) zu führen. Es wird ihm dies jedoch nur für seine eigene Person und unter ausdrücklichem Vorbehalte der Wiedereinziehung der Concession bei seinem dereinstigen Abgange gestattet.
>
> Düsseldorf den 14. April 1850.
>
> Königliche Regierung
> Abtheilung des Innern.

In der Theilungs-Procedur kam nun die Frage zur Verhandlung, ob auch das Apotheker-Gerechtsam oder das Apotheker-Geschäft als solches bei Ermittelung des Werthes des Nachlasses von Johann Jacob Hartcop und demzufolge des Pflichttheils von Eduard Hartcop zur Abschätzung zu ziehen sei.

Durch Urtheil vom 6. Juli 1850 entschied das Landgericht diese Frage, wie folgt:

J. E., daß rücksichtlich des Werthes des Nachlasses des verstorbenen Jacob Hartcop die Parteien hauptsächlich darüber streiten, ob die Apotheke blos dem Werthe der einzelnen körperlichen Bestandtheile nach zu schätzen, oder wie sonst;

J. E., daß die Behauptung des Eduard Hartcop, daß schon vor der französischen Zeit sein Vater Inhaber der Apotheke gewesen sei, nicht bestritten, und deshalb als feststehend anzunehmen ist;

J. E., daß zwar die preußische Medicinal-Ordnung vom 11. October 1801 einen Unterschied macht zwischen Apothekerprivilegia, welche einmal an einem Orte fundirt sind, und solchen, wo dem Apotheker blos für seine Person Concession ertheilt ist, und in diesem letzteren Falle dann auch mit dem Leben des Besitzers das Recht desselben erlöschen läßt, — eine allerdings in dem Begriffe einer solchen persönlichen Concession liegende Folgerung;

Daß aber das Vorhandensein einer derartigen Concession, da es eine aus den Anforderungen der Sanitätspolizei nicht herzuleitende Beschränkung des Apothekergewerbes enthält, als etwas Ungewöhnliches nicht zu vermuthen ist, und auch nach der Fassung des citirten §. 2 der Apotheker-Ordnung offenbar als der ausnahmsweise Fall anzusehen ist;

J. E., daß jene polizeilichen Rücksichten vielmehr nur den Zweck haben können, den Nachtheil schlechter Apotheken zu verhindern, und zu dem Ende sowohl die Zahl derselben zu beschränken, als auch von dem, der eine Apotheke betreiben will, gewisse Garantien zu verlangen;

J. E., daß auch die spätere preußische Gesetzgebung jenen Unterschied zwischen persönlicher Concession und Privilegium festgehalten hat, in der Weise jedoch, daß neue Privilegien nicht mehr ertheilt, sondern die Concession allmälig das Gewöhnlichere wurde, woraus dann von selbst der Satz folgte, daß eine Vererblichkeit und Veräußerlichkeit nur da Statt finde, wo ein wahres Privilegium nachweislich sei;

J. E., daß nun aus den Bergischen Verordnungen vom 25. April 1708, 10. Februar 1762 und 8. Juli 1773, sich ergiebt, daß jene aus polizeilichen Rücksichten sich nothwendig ergebende Beschränkung auch hier Statt fand, nämlich Beschränkung der Zahl der Apotheken und eine Prüfung des Apothekers, daß jedoch nirgendwo eine Andeutung sich findet, daß man das Apotheker-Geschäft als auf einer bloßen persönlichen Concession in oben angeführtem Sinne des §. 2 der Medicinalverordnung von 1801 beruhend, betrachtet habe;

Daß vielmehr schon aus dem §. 25 der Verordnung von 1793 folgt, daß sie als erblich angesehen wurden;

J. E., daß später zur französischen Zeit zwar in den einzelnen Bedingungen, woran die Gestattung des Betriebs der Apotheke gebunden war, Manches geändert, auch sonst, wie es scheint, auf die zweckmäßigen Beschränkungen nicht überall streng gehalten wurde (Verordnung vom 27. Juni 1809);

Daß diesem Uebelstande aber durch die General-Gouvernements-Verordnung vom 22. November 1814 vorgebeugt wurde, deren Inhalt deutlich zeigt, daß es ihre Absicht nicht war, die damals faktisch beobachteten Grundsätze zu erweitern, sondern vielmehr dieselben wieder in die gesetzlichen Schranken zurückzuweisen;

Daß diese Verordnung ausdrücklich des Rechts, die Apotheke zu erwerben und zu verkaufen erwähnt als eines bestehenden Rechtes, und nicht eines durch sie erst neu eingeführt werdenden, so daß schon hierdurch der positive Beweis der Vererblichkeit und Veräußerlichkeit der Apotheken im Bergischen dargestellt wird;

J. E., daß aber auch in den oben citirten bergischen Verordnungen nicht nur, wie erwähnt, von keiner blos persönlichen Concession die Rede ist, sondern vielmehr das Recht der Apotheker ausdrücklich mehrfach ein Privilegium genannt, und ihnen ausdrücklich versprochen wird, sie bei ihrem Privilegium zu schützen;

Daß hiernach kein Zweifel obwalten kann, daß im Bergischen das Apotheker-Gerechtsam, oder das Recht, eine Apotheke zu haben und zu betreiben, vererblich und veräußerlich war, womit denn in keinem Widerspruche stand, daß der jedesmalige Inhaber, um es wirklich ausüben zu dürfen, gewissen Prüfungen und sonstigen Vorschriften genügen mußte;

J. E., daß dieses Recht der ältern bergischen Apotheken durch kein neueres Gesetz ausdrücklich aufgehoben ist, und eine Aufhebung eines solchen wohlerworbenen Rechtes durch eine Ministerial=Verfügung gesetzlich unmöglich ist, so daß schon um deswillen eine genauere Prüfung der von den Klägern citirten Rescripte unnöthig ist, in der That aber auch nicht eine Aufhebung der bestehenden Rechte der Apotheker, sondern nur vielleicht theilweise eine andere Auffassung der Natur derselben ergeben würde;

J. E., daß wenn hiernach die bergischen Apotheken unzweifelhaft privilegirte Apotheken waren, es nicht weiter nöthig ist, auf die neueste Bestimmung in dem Rescripte vom 21. Oktober 1846, erlassen von dem Minister unter ausdrücklicher Königl. Autorisation vom 5. ejusdem zu recurriren, welche sogar bei den nicht priviligirten, blos concessionirten Apotheken ein Recht der Veräußerung und Vererbung, abweichend von den früher befolgten Grundsätzen, statuirt, wenn auch mit gewissen Beschränkungen;

J. E., daß die von dem Erblasser besessene Apotheke, in sofern sie einen Theil des Nachlasses bildet, sowohl das Recht zum Betriebe, als die Gebäude, Utensilien und Waarenvorräthe umfaßt und als ein zusammengehöriges Ganzes zu betrachten und zu taxiren ist, mit Rücksicht auf das damit verbundene Recht zu veräußern und zu vererben sowohl, als auf die gesetzlichen Einschränkungen der unbedingten Betriebsbefugniß;

Aus diesen Gründen

verordnet das Landgericht eine Expertise zur Ermittelung des Werthes des Nachlasses u. s. w.; — so wie ferner eine Expertise durch drei Apotheker zur Ermittelung des Werthes der Apotheke mit allem Zubehör, mit Rücksicht auf die Veräußerlichkeit und Vererblichkeit des Apothekerrechts.

Unter'm 7. Januar 1852 reformirte jedoch der I. Senat des A. G. H. dieses Urtheil, wie folgt:

J. E., betreffend die verordnete Abschätzung der Apotheke nebst Zubehör mit Rücksicht auf die Veräußerlichkeit und Vererblichkeit des Apothekerrechts:

Daß die vorgelegte Urkunde vom 9. Mai 1808 nachweiset, daß dem als Apotheker geprüften und befähigten Jacob Hartcop

die Errichtung einer pharmaceutischen Officin im Amte Miselohe, ohne nähere Bestimmung des Ortes, einfach unter den Bedingungen der Medizinal-Polizei gestattet worden, und also nur von einer Concession und nicht von einem eigentlichen Privilegium, geschweige denn von einem Real-Privilegium, die Rede sein kann;

Daß mithin die auf die Unterstellung eines Privilegiums gegründete Argumentation des ersten Richters für dessen Vererblichkeit und Veräußerlichkeit zerfällt;

Daß überdem der §. 54 der Allg. Gewerbeordnung vom 17. Januar 1845 bestimmt, daß Apotheken, welche sich nicht im Besitze eines Real-Privilegiums befinden, außer der Approbation (über ihre wissenschaftliche und technische Befähigung) einer Concession des Ober-Präsidenten bedürfen; daß daher bei der in das Arbitrium des Ober-Präsidenten gestellten Befugniß, die Concession zu ertheilen oder zu versagen, in einer solchen Apotheke ein Gegenstand erblicher oder verkäuflicher Uebertragung nicht enthalten ist;

Daß mithin die betreffende Annahme des ersten Richters sich nicht rechtfertigt, und seine Verordnung einer Abschätzung der Apotheke „mit Rücksicht auf die Veräußerlichkeit und Vererblichkeit des Apothekerrechtes" aufgehoben werden muß;

Daß indessen mit dem Wegfallen der Vererblichkeit und Veräußerlichkeit der Apotheke nicht auch zugleich die Frage entschieden wird, in wiefern der Besitz der Officin mit Zubehör, des damit verbundenen Gewerbebetriebs und der daran geknüpften Kundschaft, ein, im Geldwerthe abschätzbares Vermögensobject bildet, inwiefern durch die Uebertragung jenes Besitzes zunächst die Nachsuchung und Erwirkung der Concession und die Fortsetzung eines nährenden Gewerbes für den Nachfolger ermöglicht wurde, und inwiefern daher nicht blos die zur Apotheke gehörigen Geräthe und Materialien, sondern auch der Komplex der obigen Bedingungen zur Erlangung und Fortführung des Geschäftsbetriebes mit Rücksicht auf dessen Umfang, auf das Bedürfniß des Ortes und der Umgegend, sowie auf die etwaige Concurrenz und den danach sich ergebenden Ertrag, mit zur Abschätzung zu ziehen sei;

Daß diese Frage aber gegenwärtig nicht entschieden werden kann, da der bisherige Streit nur die Vererblichkeit und Veräußerlichkeit des Apothekerrechtes oder Privilegiums zum Ge-

genstande hatte, sondern die Verhandlung darüber um so mehr an den ersten Richter zurück zu verweisen ist, als der Incidentappellat mit Beziehung auf Entwürfe, welche sich in dem Nachlasse des Johann Jacob Hartcop gefunden haben sollen, die wenn gleich bis jetzt unerwiesene Behauptung aufgestellt hat, daß der Preis der übertragenen Vermögensstücke nicht, wie im Vertrage vom 29. März 1849 auf 14713 Thlr. 18 Sgr. 4 Pfg., sondern auf 23247 Thlr. 1 Sgr. 8 Pfg., und der von einem Schwiegersohne für die Concession zu zahlende Preis auf 8000 Thlr. stipulirt worden sei, so zwar, daß wenn eine der unverheiratheten Käuferinnen einen geprüften und befugten Apotheker heirathe, diese in Gemäßheit gegenseitiger Verpflichtung das Recht haben solle, für ihren zukünftigen Ehemann mit Genehmigung der Kgl. Regierung die Concession der Apotheke in Anspruch zu nehmen, wogegen die andere dann in die Rechte der übrigen Geschwister trete und ihrer Verpflichtung als Käuferin enthoben werde, — Umstände, welche, wenn sie erwiesen würden, auf den Werth der durch den Uebertrag der Officin bedingten Ermöglichung und Erwirkung der wirklich an einen Schwiegersohn ertheilten Concession, worüber die Verhandlungen nicht vorliegen, ein Licht werfen würden.

Aus diesen Gründen

hebt der A. G. H. die Bestimmung auf, daß bei der Abschätzung der Apotheke auf die Veräußerlichkeit und Vererblichkeit des Apothekerrechts Rücksicht genommen werden solle; — verweiset die Frage, in wiefern die Uebertragung der Apotheke mit Zubehör und Kundschaft die Erlangung der Concession und die Fortführung des Gewerbes bedinge, und in wiefern dieses auf die Abschätzung des Gesammtwerthes influire, an den ersten Richter zurück.

Die Kinder der zweiten Ehe brachten nun diese vorbehaltene Frage beim Landgerichte zur Verhandlung und dieses erkannte am 29. April 1852 in contumaciam gegen den Anwalt des Eduard Hartcop, daß die Uebertragung der Apotheke mit Zubehör und Kundschaft die Erlangung der Concession und die Fortführung des Gewerbes nicht bedinge, und ein besonderes in Geldwerth abschätzbares Vermögensobject nicht bilde, da die größere oder geringere Bedeutenheit des mit dem Besitze der Officin verbundenen Gewerbebetriebs und der Kundschaft lediglich von persönlichen und Zeitverhältnissen

abhange; daß demnach jene Frage dem Gutachten der Experten fremd bleiben solle.

Hiergegen Berufung von Seiten des Eduard Hartrop, dessen Anwalt den Antrag dahin stellte: daß, unter Aufhebung des Urtheils a quo, verordnet werde, daß die Expertise sich auch auf denjenigen Werth zu erstrecken habe, den das Apotheker-Geschäft als solches gehabt; daß demgemäß drei Apotheker zu Sachverständigen ernannt, und denselben aufgegeben werde, außer den zur fragl. Apotheke gehörigen Geräthen und Materialien auch den Werth des Geschäftsbetriebes mit Rücksicht auf dessen Umfang und das Bedürfniß des Ortes und der Umgegend mit zur Abschätzung zu ziehen. — Dieser Antrag wurde im Wesentlichen gestützt auf die kraft Allerhöchster Ordre vom 5. October 1846 und Minist.-Rescriptes vom 21. desselben Monats erlassenen Verfügung der Königl. Regierung zu Düsseldorf vom 10. November 1846 (Amtsblatt 62) *),

*) Die Verfügung lautet:

Nachdem Sr. Majestät der König zu befehlen geruht haben, daß der Entwurf einer durchgreifenden, den Interessen der Medicinal-Verwaltung, wie der Apotheker gleichmäßig entsprechenden, auf einfachen Principien beruhenden Verordnung über die Verleihung aufgegebener Apotheker-Concessionen zunächst den Provinzial-Landtagen zur Begutachtung vorgelegt werden solle, ist des Herrn Ministers der Medicinal-Angelegenheiten Excellenz mittelst Allerh. Ordre vom 5. d. Mts. zugleich ermächtigt worden, einstweilen und bis zur definitiven gesetzlichen Regulirung dieses Gegenstandes zu der vor Erlaß der Allerh. Ordre vom 8. März 1842 stattgefundenen Praxis zurückzukehren, und demgemäß unter Aufhebung der Circular-Verfügung vom 13. August 1842 und des darin angeordneten Concurrenz-Verfahrens, die Königl. Regierungen anzuweisen:

beim Ausscheiden eines nicht privilegirten Apothekers aus seinem Geschäfte die Concession dem von dem abgehenden Apotheker oder dessen Erben präsentirten Geschäftsnachfolger, sofern derselbe vorschriftsmäßig qualifizirt ist, jedoch immer nur für seine Person und unter ausdrücklichem Vorbehalt der Wiedereinziehung der Concession bei seinem dereinstigen Abgange, zu ertheilen.

Wir werden daher nach Maßgabe dieser uns mittelst hohen Circular-Rescripts vom 21. d. Mts. mitgetheilten Allerh. Ordre von nun an bis auf weitere legislative Bestimmung bei vorkommendem We[illegible] im Besitz von Apotheken die Concession zur Weiterführung des Geschäfts an qualificirte uns vorgeschlagene Apotheker verleihen.

Düsseldorf den 10. November 1846.

Königl. Regierung u. s. w.

wonach beim Ausscheiden eines nicht privilegirten Apothekers die Concession dem von dem abgehenden Apotheker oder dessen Erben präsentirten Geschäftsnachfolger ertheilt werden solle. Es wurde aufgestellt, daß untergebens wirklich im Sinne dieser Verordnung verfahren und dem Gustke nur auf den Antrag der Wittwe und Kinder Hartcop, und auf deren Bescheinigung, daß Gustke sie befriedigt habe, die Concession ertheilt worden sei, wobei man freilich hinter dem Rücken des Sohnes erster Ehe operirt und sogar dessen Existenz der Königl. Regierung verschwiegen habe. Es wurde zur Begründung dieser Behauptung beglaubigte Abschrift einer Eingabe der Wittwe und Kinder zweiter Ehe an die Königl. Regierung vom 30. März 1850 producirt, worin dieselben berichten, daß die von der Königl. Regierung gewünschte Einigung zwischen den Interessenten der fragl. Apotheke nunmehr allseitig dahin Statt gefunden habe, daß der Apotheker erster Klasse Fr. Wilh. Gustke sie hinsichtlich ihrer gesetzlichen Ansprüche zufrieden gestellt resp. die verlangte Garantie geleistet habe, und sie daher der Königl. Regierung anheimstellen, dem Gustke die Concession zu ertheilen; worauf die Concession auch am 14. April 1850, und zwar nach Maßgabe der Verfügung vom 10. November 1846, erfolgt sei. Man habe also Seitens der Appellaten von dem durch die bezogene Ordre den Erben verliehenen Präsentationsrechte Gebrauch gemacht und dadurch die Concession für den Präsentirten erwirkt, mithin das Geschäft als solches verwerthet, man habe es dadurch selbst zum abschätzbaren Vermögensobject gemacht, und müsse es sich eben deshalb auch gefallen lassen, daß es bei der Ermittelung des Pflichttheils des Appellanten als ein zur Masse gehöriges Vermögensstück mit zur Abschätzung komme.

Der appellatische Anwalt suchte dagegen auszuführen, daß bis zur Zeit noch kein bestimmter Anspruch gegen bestimmte Personen formirt worden, und schon deshalb auf den appellantischen Antrag nicht eingegangen werden könne; daß die Wittwe Hartcop, welcher die Erlaubniß zur Fortführung der Apotheke ertheilt worden, nach Belieben auf diese Concession habe verzichten können; daß die dem Gustke ertheilte Concession eine rein persönliche sei, und überhaupt das Apothekergeschäft lediglich auf einer in das Ermessen der Regierung gestellten Concession beruhe, mithin ein Successionsstück unmöglich bilden

könne, außerdem aber auch einer nur annäherungsweisen Abschätzung in Geld[illegible]icht fähig sei.

Das öffentl. Ministerium trat im Wesentlichen den Ausführungen des Appellanten bei, und der Hof erkannte in diesem Sinne reformatorisch, wie folgt:

I. E., daß in dem zwischen den Eheleuten Hartcop und deren beiden Töchtern Louise und Pauline am 29. März 1849 gethätigten Verkaufsacte die gesammte Apotheken-Einrichtung, das Geschäfts-Inventarium, die Utensilien, Medikamente und die Bibliothek, für die Summe von 1436 Thlr. den Ankäuferinnen übertragen, von dieser Uebertragung jedoch die Concession ausdrücklich ausgeschlossen und von den verkaufenden Eltern resp. dem Letztlebenden derselben der Besitz, Genuß und die Bewaltung der verkauften Gegenstände auf die Lebensdauer vorbehalten worden ist; — daß nach dem am 14. Juli 1849 erfolgten Tode des mitverkaufenden Vaters die Mitankäuferin Louise Hartcop mit dem Apotheker Gustke zur Ehe geschritten und (wie aus dem Rescripte der Königl. Regierung zu Düsseldorf vom 14. April 1850 hervorgeht) Letzterem die nachgesuchte Erlaubniß ertheilt worden ist, die von ihm übernommene Apotheke zu Opladen nach Maßgabe der Verfügung vom 10. November 1846 (Amtsblatt 62) zu führen;

Daß die in dieser Concessions-Urkunde in Bezug genommene Verfügung die Allerh. Ordre vom 5. October 1846 zur Grundlage hat, wonach bis zur definitiven gesetzlichen Regulirung des hinsichtlich der Verleihung aufgegebener Apotheker-Concessionen zu beobachtenden Verfahrens die Königl. Regierungen angewiesen sind, beim Ausscheiden eines nicht privilegirten Apothekers aus seinem Geschäfte die Concession dem von dem abgehenden Apotheker oder dessen Erben präsentirten Geschäftsnachfolger, sofern derselbe vorschriftsmäßig qualificirt ist, zu ertheilen;

Daß die ferner producirte, von den Erben Hartcop, mit Ausnahme des Appellanten Eduard Hartcop, unterzeichnete Eingabe an die Königl. Regierung zu Düsseldorf vom 30. März 1850 den Beweis liefert, daß auch im untergebenen Falle nach diesen Normen verfahren und die Concession an den Gustke in Folge der darin enthaltenen Angabe der Unterzeichner ertheilt worden ist, dahin gehend: „daß die gewünschte Einigung zwischen den Interessenten der Opladener

Apotheke nunmehr allseitig in der Art stattgefunden, daß der Apotheker Gusike die Interessenten wegen ihrer gesetzlichen Ansprüche zufrieden gestellt, resp. die verlangte Garantie gegeleistet habe;

Daß hieraus als feststehend sich ergiebt, daß die Thatsache des bisherigen Bestehens dieser Apotheke, in Verbindung mit der Präsentation eines Nachfolgers durch die Interessenten, die Grundlage und Bedingung der von der Königl. Regierung im Interesse sämmtlicher Erbbetheiligten ertheilten Concession zur Fortführung eines Geschäfts bildete, welches zwar, in sofern dazu eine persönliche Qualification des Nachfolgers erfordert wird, keinen absolut allgemeinen Verkehrsgegenstand darstellt, gleichwohl aber, diese Qualification vorausgesetzt, bei der beschränkten Concurrenz dieses Geschäfts-Betriebes an und für sich, und abgesehen von dem Werthe der etwa gleichzeitig mit übertragenen Materialien und Geräthschaften, einen mit Rücksicht auf die concreten Verhältnisse in Gelde zu schätzenden Vortheil abzuwerfen geeignet ist;

Daß es in dieser Beziehung einer weitern Ausführung schon um deswillen nicht bedarf, weil dieses pecuniäre Interesse durch das Leben und den Verkehr selbst, gelegentlich der so häufig vorkommenden Ueberlassungen von Apotheken, sich dokumentirt, bei welchen regelmäßig der Erwerbspreis gerade mit besonderer Rücksicht auf die dadurch begründete Möglichkeit zum Betriebe eines nährenden Gewerbes bestimmt wird, übrigens aber dasjenige, was in dieser Hinsicht von dem abtretenden Apotheken-Besitzer gilt, auch rücksichtlich seiner Erben Anwendung findet, indem beide Fälle nichts wesentlich Unterscheidendes haben, die Beschränkung des freien Verkehrs durch die Bedingung der Befähigung des Nachfolgers eine dem Apotheken-Besitzer sowohl, als seinen Erben gemeinsame ist, und was die Verwerthung der durch den Rücktritt des Besitzers resp. durch die Präsentation seiner Erben bedingten Concessionirung des Nachfolgers betrifft, dieser Werth, in dem zuletzt gedachten Falle des Absterbens, als ein Bestandtheil des Nachlasses sich darstellt, der, als solcher, auch sämmtlichen Erbinteressenten zu gut kommen muß;

Daß nun zwar in concreto nicht constirt, in welcher Weise die übrigen Erbinteressenten mit dem Nachfolger Gusike hinsichtlich dieser Ansprüche sich geeinigt haben; daß indeß die Aufstellung der Appellaten, „daß der Anspruch des Appellanten

schon Mangels gehöriger Substantiirung und Angabe des Betrags resp. Bezeichnung der Person des eigentlichen Collationspflichtigen zurückzuweisen sei," als ungegründet sich darstellt, indem es sich hier von einem einseitig und hinter dem Rücken des Appellanten abgeschlossenen Abkommen handelt, und es auch an der Sache selbst, so wie an den Ansprüchen des Appellanten nichts ändern würde, wenn etwa, mit Rücksicht auf die Verheirathung des rc. Gustke mit einer Tochter zweiter Ehe, die Mutter und die übrigen Kinder zweiter Ehe eine Vergütung in Gelde überhaupt nicht stipulirt haben möchten, es vielmehr darauf ankommt, Behufs Feststellung des dem Appellanten gebührenden Pflichttheils den Werth desjenigen Vermögens-Bestandtheils, worüber die Appellaten einseitig verfügt, zu ermitteln;

Daß dieser Werth nur auf Grund eines von Sachverständigen abzugebenden Gutachtens gefunden werden kann, wobei insbesondere (wie schon in dem Urtheile vom 7. Januar 1852 angedeutet worden), auf den Umfang des Geschäfts, das Bedürfniß des Orts und der Umgegend, so wie auf eine etwaige Concurrenz Bedacht zu nehmen sein wird.

Aus diesen Gründen

erkennt der Königl. Rh. A. G. H., unter Reformation des Urtheils des Königl. Landgerichts zu Düsseldorf vom 29. April 1852 zu Recht, daß die Expertise sich auch auf denjenigen Werth zu erstrecken, den das Apotheker-Geschäft, als solches, hatte; gibt demnach den zu ernennenden Sachverständigen auf, außer den zur Opladener-Apotheke gehörigen Geräthschaften und Materialien auch den Werth des Geschäfsbetriebes mit Rücksicht auf dessen Umfang, das Bedürfniß des Orts und der Umgegend, so wie eine etwaige Concurrenz, mit zur Abschätzung zu ziehen; committirt das Königl. Friedensgericht zu Opladen, falls Parteien nicht innerhalb dreier Tage von Zustellung des gegenwärtigen Urtheils über die Wahl anderer Experten sich geeinigt haben möchten, als Sachverständige drei Apotheker zu ernennen, jedenfalls die ernannten zu vereidigen; verweiset die Verhandlungen über das Resultat der Expertise zur ersten Instanz, legt den Appellaten die Kosten der Appellations-Instanz zur Last.

III. Senat. Sitzung vom 19. Mai 1853.

Advokaten: Widenmann — Forst.

Subhastationsverfahren. — Eigenthums-Ansprüche. — Nichtigkeit der Ladung. — Remploi für das Sondergut der Ehefrau. — Erklärung des Ehemannes bei der Erwerbung.

Die Ladung, durch welche derjenige, welcher im Licitationstermine Eigenthumsansprüche an den (sämmtlichen) zur Subhastation gebrachten Realitäten angemeldet hat, den Extrahenten, den Schuldner und den Ansteigerer vor das Landgericht laden läßt, ist nicht deshalb nichtig, weil sie nicht eine Bezeichnung der vindizirten Grundstücke nach ihrer Natur und Lage enthält. *) Subh.-Ord. §. 3. — Art. 64 B. P. O.

Die Erklärung des Ehemannes, daß die Erwerbung eines Grundstückes mit dem von einem verkauften Immobile der Ehefrau herrührenden Gelde und zu dem Zwecke, um als Remploi zu dienen, geschehen sei, muß in continenti bei der Erwerbung selbst abgegeben werden. **)
Art. 1434, 1435 B. G. B.

Frantz — Lang.

In einem Subhastationsverfahren, welches Adolph Lang gegen Philipp Paul eingeleitet hatte, erhoben der Schuldner Paul, dessen Ehefrau, geb. Mar. Doerr, und die Eheleute, Peter Frantz und Dorothea Denne, Einspruch, indem sie unter Anderm behaupteten, die zur Subhastation gebrachten Grundstücke seien zwar während der Ehe des Philipp Paul im Jahre 1844 acquirirt worden, in einem notariellen Akte vom 29. April 1852 habe aber der Paul nachträglich erklärt, daß er diese Realitäten lediglich für seine Ehefrau, Mar. Doerr, gekauft habe, „damit sie deren Sondergut bildeten, als Ersatz für die während der Ehe versteigerten Erbgüter der Mar. Doerr, welche sie von ihrem Vater ererbt habe; so daß die gedachten Güter nicht in die Gütergemeinschaft gehörten;" durch einen fernern Akt vom 3. Juli 1852 hätten darauf die Eheleute Paul die fraglichen Realitäten den Ehe-

*) Vgl. Arch. 10, 1, 236. — 11, 1, 252.
**) Vgl. Arch. 36, 1, 147.

leuten Frantz verkauft, welche also zur Zeit der Beschlagnahme — 21. September 1852 — Eigenthümer gewesen seien.

Durch Akt vom 2. Februar 1853 wiederholten die Eheleute Frantz ihre Opposition und luden den Extrahenten und Ansteigerer Lang, sowie den Subhastaten Paul vor das Kgl. Landgericht zu Saarbrücken, um daselbst erkennen zu hören, daß sie, die Eheleute Frantz, Eigenthümer „der subhastirten Grundstücke" seien u. s. w.

Lang setzte dieser Ladung die Einrede der Nichtigkeit entgegen, weil dieselbe nicht die gesetzlichen Requisite einer — nach §. 30 Subh.-Ord. nothwendigen — selbstständigen Ladung habe, namentlich die Grundstücke, welche von den Opponenten als Eigenthum in Anspruch genommen werden, nicht nach Vorschrift des Art. 64 B. P. O. näher nach ihrer Natur und Lage bezeichne.

Sodann wurde zur Sache selbst darüber gestritten, ob die oben erwähnte nachträgliche Erklärung des Ehemannes Paul die Wirkung haben könne, im Sinne des Art. 1435 B. G. B. die früherhin angekauften Grundgüter von der Gütergemeinschaft auszuschließen und zum Sondergute der Ehefrau zu machen.

Das Königl. Landgericht erkannte durch Urtheil vom 12. April 1853 über diese beiden Punkte, wie folgt:

I. E. zu der vorgeschützten Nichtigkeitseinrede, daß die Ladung vom 2. Februar c. nicht, wie dies der Art. 64 B. P. B. für alle dinglichen und gemischten Klagen vorschreibt, die Bezeichnung der Immobilien enthält, und daher, wofern die gemäß §. 20 u. 30 Subh.-Ord. zu bewirkende Vorladung, wie jedes andere, eine Hauptklage einführende Libell, unter Beobachtung dieser Förmlichkeit stattfinden muß, unbedingt als nichtig zu behandeln sein würde;

Daß der cit. §. 30 demjenigen, welcher Anspruch auf die zu licitirenden Immobilien erhoben und dem Verkaufe derselben sich widersetzt hat, ausdrücklich nur die Vorladung der Betheiligten in 14tägiger Frist zur Pflicht macht;

Daß daraus, daß hinsichtlich der Formalitäten nichts bestimmt ist, nun zwar soviel folgt, daß diese Ladung die im Allgemeinen für alle Zustellungsurkunden erforderlichen Requisite an sich tragen und diejenigen Bestandtheile haben muß, welche zum Wesen einer Ladung unbedingt gehören;

Daß aber die weiter gehende Annahme, daß sie mit dem Petitum in gleicher Weise, wie dies bei einer Hauptklage der Fall ist, die Angabe der Beweismittel, die Beschreibung der vindizirten Grundstücke nach ihrer Natur, Lage u. s. w. verbinden müsse, für gerechtfertigt nicht gehalten werden kann, weil einerseits die zur Sprache gekommene Opposition nach §. 20 l. c. nur einen Incidentpunkt in einem schwebenden Executionsprozesse bildet und daher schon dieserhalb einer Hauptklage nicht gleich zu stellen ist, und weil anderntheils die Erfordernisse, welche einem Klagelibell zu dem Ende, damit der Verklagte vollständige Gewißheit über den Gegenstand des Anspruchs erhalte, nicht abgehen dürfen, bei einem derartigen Einspruche schon im Licitationstermine durch die gerichtliche Verhandlung contradictorisch festgestellt sind, und daher die vorgesehene Ladung hauptsächlich nur den in jener Frist beabsichtigten Fortgang des bereits anhängig gewordenen Anspruchs herbeizuführen bestimmt ist;

Daß zu dem mit Rücksicht auf den im Eingange der Subh.-Ord. ausgesprochenen Zweck und das für die Verhandlung über den Anspruch in den erwähnten §§. 20 u. 30 angeordnete Verfahren nicht unterstellt werden kann, daß es die Absicht des Gesetzes sei, an die unterbliebene Wiederholung eines für die Ladung nicht mehr wesentlichen Theils den Verlust des Rechts, um welches es sich handelt, knüpfen zu wollen;

Daß in der gedachten Ladung die Opposition, so wie sie im Termine auf alle zum Verkaufe kommenden Realitäten u. s. w. angebracht worden, auch wiederholt ist, und daß, da andere Formfehler, als der eben erörterte, nicht aufgestellt worden sind, auf die Sache selbst eingegangen werden muß;

J. E. zur Hauptsache, daß Adzitat Philipp Paul während seiner Ehe mit Maria Doerr das unter Nro. 3 des Licitationsprotokolles vom 23. Januar 1853 ausgesetzte Ackerland bei einem am 21. September 1844 abgehaltenen öffentlichen Verkaufe angesteigert und gemeinschaftlich mit seiner Ehefrau die übrigen im Licitationsprotokolle beschriebenen Immobilien am 13. Oktober 1844 von Johann Paul käuflich erworben hat;

Daß daher sämmtliche subhastirte Liegenschaften ein Acquest der zwischen Adzitaten und seiner Ehefrau bestehenden Gütergemeinschaft bilden und während der Dauer derselben geblieben sind, falls nicht aus einem gesetzlich zulässigen Grunde der Uebergang in das Sondergut der Letztern stattgefunden hat;

Daß der von Opponenten angerufene Art. 1435 B. G. B. die Acquisition an die Stelle des veräußerten Sonderguts unter der Voraussetzung treten läßt, daß der Ehemann die Erklärung abgiebt, daß dieselbe aus Geldern, welche der Frau wegen verkauften Immobilien zustehen, stattfinde und ihr dafür als Ersatz diene, sodann diese selbst förmlichst acceptire;

Daß aus dem vorhergehenden Art. 1434 B. G. B. unzweideutig folgt, daß diese Erklärung auch bei einer für die Ehefrau zu bewirkenden Acquisition in dem Augenblicke, wo selbe geschieht, vorgenommen werden muß, da durch diese Bestimmung nicht ausschließlich, wie Opponenten behaupten, das Interesse der Ehefrau gewahrt, sondern mit Rücksicht auf die in Betreff der Eigenthumsverhältnisse erforderliche Gewißheit hierdurch Vorkehrungen getroffen werden sollten;

Daß sonach der unterm 29. April 1852 vor Notar Bahrenkampf errichtete Akt, wodurch Adzitat nachträglich erklärt hat, daß die mittelst Akte vom 21. September und 13. Oktober 1844 erworbenen Immobilien für seine Ehefrau gekauft worden seien, völlig wirkungslos ist, wie er denn auch von ihnen selbst in dem Akte vom 3. Juli 1852 behandelt worden ist, indem sie Beide in selbem sich als Verkäufer geriren.

Gegen dieses Urtheil legten die Eheleute Frantz und der subhastirte Schuldner Paul wegen der letztgedachten Entscheidung und der ꝛc. Lang wegen der Entscheidung über die Nichtigkeitseinrede die Berufung ein, welche jedoch — soviel diese beiden Punkte betrifft — von dem A. G. H. in Uebereinstimmung mit dem Antrage des öffentl. Ministeriums (welches sich insbesondere auf Troplong. Contrat de Mariage Nro. 1117 u. 1122 bezog) und im Wesentlichen aus den Gründen des ersten Richters verworfen wurde.

I. Senat. Sitzung vom 27. Juni 1853.
Advokaten: Lautz — Forst.

Bergwerk. — Eigenthum. — Schadensersatz.

Durch die Concession zum Bergbau wird für den Concessionar ein selbstständiges Eigenthum auf dem Concessionsfelde begründet, in Folge dessen er in Bezug auf alle Handlungen unter dem beliehenen Felde, welche der Betrieb fordert, mit dem Eigenthümer der Oberfläche auf einer

Linie steht. Er ist daher nicht zum Schadensersatze verpflichtet, wenn in Folge concessionsmäßiger Arbeiten das Versiegen eines Brunnens auf einem benachbarten, im Concessionsfelde liegenden, von den bergmännischen Arbeiten unberührt gebliebenen Grundstücke eingetreten ist.
Ges. v. 28. Juli 1798. Ges. v. 21. April 1810, Art. 11, 15, 42, 45, 50.

Königl. Oberbergamt zu Bonn — Gemeinde Bietscheid und Bickelmann.

Die Gemeinde Bietscheid behauptete, ihr auf dem Grundstücke des Christian Bickelmann entspringender Gemeindebrunnen, sei in Folge bergwerklicher Anlagen, die zwar nicht auf dem Grundstück des Bickelmann, aber doch in dessen Nähe stattgefunden, gänzlich versiegt, und erhob in Gemeinschaft mit dem Eigenthümer, gegen das Königl. Oberbergamt zu Bonn beim Königl. Landgericht zu Saarbrücken Klage auf Wiederherstellung oder Entschädigung. Das Oberbergamt bestritt nicht blos den factischen Zusammenhang, sondern auch in jure jede Verantwortlichkeit für Nachtheile, die als Folge des Bergbaues in anderen Grundstücken, als worin solcher betrieben werde, zu Tage treten könnten.

Das Königl. Landgericht entschied durch Urtheil vom 6. Juli 1852 diese Rechtsfrage zum Nachtheil des verklagten Oberbergamtes, indem es annahm, daß aus den Bestimmungen des Minengesetzes vom 21. April 1810 die Verantwortlichkeit des Bergwerkseigenthümers für alle Beschädigungen im Bezirke des Concessionsfeldes folge, ohne daß dabei die Gränzen des verschiedenen in dieses Gebiet fallenden Privateigenthums in Betracht kämen; es erkannte demnach auf die von den Klägern zur Erhärtung ihrer thatsächlichen Behauptungen erbotenen Beweise.

Gegen dieses Urtheil ergriff das Oberbergamt die Berufung zum Rh. Appellationshofe, vor welchem nur die obige Rechtsfrage Gegenstand der Erörterung wurde.

Zur Rechtfertigung der Berufung wurde insbesondere ausgeführt: die gegen das Oberbergamt in Anspruch genommene Verantwortlichkeit lasse sich weder aus dem gemeinen Rechte, noch aus den speciellen Bestimmungen des Bergrechtes herleiten; sowie der gewöhnliche Eigenthümer befugt sei, auf seinem Grund und Boden Nachgrabungen und Anlagen zu machen, ohne dem Nachbar, den er nicht durch directe Eingriffe in sein Eigenthum verletze, sondern dem er nur etwa bisher bezogene Vortheile, wie eben die Benutzung einer auf dem

Nachbargrundstück zu Tage tretenden Quelle, entziehe, zur Entschädigung verpflichtet zu werden (l. I. §. 12 de aqua et aquae pluv. 39, 3. — l. 21. eod. – l. 24. § ult. de damno infecto. 39, 2. — Art. 544 u. 552 des B. G. B. — Daviel, cours d'eau t. 2. n. 896. — Sirey 44, 1, 664. 35, 1, 957. — Duranton, droit fr. t. 5. n. 156. — Zachariae, II. §. 243. c. f. und mit Berücksichtigung des Art. 643. Sirey 31, 1, 110. 34, 2, 491. 36, 1, 819. — Garnier t. 3. n. 471. — Daviel, n. 893. dann auch Rh. Archiv 43, 1, 88), ebenso der Minenbesitzer, dessen Bergwerkseigenthum nur ein von dem vollständigen Eigenthum der Oberfläche abgelöster Bestandtheil, durch die Bestimmungen des Minengesetzes in seinen Beziehungen zu jenem correspondirenden Eigenthum der Oberfläche regulirt, in allen andern, nicht speciell vorgesehenen Fällen dem gemeinen Rechte unterworfen sei; (Rapport au corps législatif, bei Locré t. IV, p. 240. 407. 421). Die specielle Bergwerksgesetzgebung habe aber, wie die Analyse sämmtlicher von den Appellaten und dem ersten Richter angezogenen Stellen ergebe, neben den Vorschriften über Erlangung und Ausübung des Grubeneigenthums nur die Beziehungen des Bergwerks zu dem davon unmittelbar betroffenen Privateigenthum, sowie verschiedener Bergwerke zu einander, im Auge, ohne hinsichtlich der nebeneinander gelegenen Privatgrundstücke den obigen Regeln des gemeinen Rechts zu derogiren; namentlich werde auch nirgends, wie das Urtheil a quo gethan, der Begriff des Concessionsfeldes dem des Privateigenthums substituirt. Demnach müsse auch im vorliegenden Falle das gemeine Recht die Regel der Entscheidung bilden; so habe auch, unter Cassation des vom Rh. Appellationshofe unterm 8. März 1852 in Sachen Kirchfeld und Heidgen — Fischer erlassenen Urtheils, das Königl. Obertribunal, Rh. Senat, am 22. März 1853 erkannt. *)

Für die Appellaten wurde dagegen, unter Reproduction der vom ersten Richter entwickelten Gründe, insbesondere noch geltend gemacht: der Satz, daß man befugt sei, durch Arbeiten auf dem eigenen Grund und Boden die Wasseradern einer auf dem Nachbargrundstück entspringenden Quelle abzuschneiden, sei keineswegs unbestritten; allein es handle sich untergebens nicht von diesem Falle, da das Bergamt nicht auf seinem eigenen fundus das Wasser abgeleitet habe, sondern nur als Minen-Exploitant auf fremdem Grund und Boden, daher

*) Man sehe unten Abth. 2. S. 49.

lediglich die Bergwerksgesetzgebung zur Anwendung komme. Die Verfügungen derselben zeigten aber, daß, wenn einerseits der Bergbau durch Verleihung besonderer Befugnisse begünstigt, auf der andern Seite der Eigenthümer einer im Concessionsfelde gelegenen Besitzung durch die Verpflichtung des Eigenthümers eines Bergwerks, für allen und jeden Schaden einzustehen, der lediglich in dessen Betriebe seinen Grund habe, gesichert werden sollte; insbesondere bekunde diese Anschauungsweise des Gesetzgebers der in fine des Gesetzes vom 21. April 1810 aufgestellte §. 50, der in gewissen Fällen, namentlich der Austrocknung von Brunnen, das Einschreiten der administrativen Behörden verordne. So sei auch von den Appellationshöfen erkannt worden. Rh. Archiv 44, 1, 159 und 47, 1, 126. — Bruxelles 26. Mai 1847 in Jurispr. belge 1848. p. 12. Die Verantwortlichkeit des Bergwerkseigenthümers für allen durch den Bergbau irgendwo verursachten Schaden sei, als in der natürlichen Billigkeit wurzelnd, vom gemeinen deutschen Rechte anerkannt (Karsten, Bergrechtslehre §. 338. Hake, §§. 540—542), und unter der Herrschaft des Allg. Landrechts, welches bezüglich der Entschädigungspflicht sich in ganz ähnlicher Weise, wie das französische Minengesetz ausdrücke, nach mehrfachen Schwankungen des höchsten Gerichtshofes, durch ein in pleno erlassenes Urtheil des Königl. Obertribunals ausgesprochen worden. (Entscheidungen des Geh. Obertribunals IV, S. 354. IX, S. 101. XVIII, S. 71—75).

In Uebereinstimmung mit dem Antrage des öffentl. Ministeriums erließ der Appellhof folgendes

Urtheil:

J. E., daß thatsächlich nicht bestritten ist, daß das Grundstück des Appellaten Bickelmann, worin die in Rede stehende Quelle entspringt, über 200 Metres von dem Schachte resp. von dem Stollen entfernt liegt, deren Anlage das Versiegen der Quelle zur Folge gehabt haben soll;

Daß es nicht minder unbestritten ist, daß das Feld, in welchem der Staat den Bergbau auf Steinkohlen als gesetzlicher Concessionar auszuüben befugt ist, sich, wie über das Bickelmann'sche Eigenthum, so auch über die Stelle erstreckt, wo die angeblich beschädigenden Arbeiten Statt gefunden haben;

J. E. daß in rechtlicher Hinsicht, der wahre Eigenthümer, welcher auf seinem Grund und Boden gräbt, sich nur seines im Eigenthum liegenden Rechtes bedient, und daß er nach allgemeinen rechtlichen Grundsätzen dann jedenfalls für einen dem

benachbarten Eigenthümer dadurch zugefügten Schaden nicht zu haften braucht, wenn dieser Schaden der That nach nur in der Entziehung eines Vortheils besteht, der mit dem benachbarten Eigenthum bisher nur zufällig verbunden war, — ein Satz, der im Rh. Recht ausdrücklich auf den Fall angewendet wird, wenn durch das Graben eines Brunnens auf eigenem Grund und Boden der Brunnen des Nachbars versiegt; l. 1, §. 12, D. 39, 3. — l. 21, ibidem. — l. 24, D. 39, 2.

J. E., daß durch die Concession zum Bergbau ein selbstständiges Eigenthum auf dem Concessionsfelde für den Concessionar begründet wird;

Daß in Folge dessen der Bergwerkseigenthümer in Bezug auf alle Handlungen unter dem beliehenen Felde, welche der Betrieb fordert, mit dem Eigenthümer der Oberfläche auf einer Linie steht, daß er gleichsam dessen ursprüngliche Stelle einnimmt, und daß er daher auch ebenso wenig, als es bei diesem der Fall sein würde, dafür zum Schadensersatz verpflichtet wird, wenn in Folge von concessionsmäßigen Arbeiten das Versiegen eines Brunnens auf einem benachbarten von den bergmännischen Arbeiten unberührt gebliebenen Grundstücke eingetreten ist;

J. E., daß, wenn hiernach der Klage die Grundsätze des gemeinen Rechtes nicht zur Seite stehen, es sich nur fragen kann, ob sie, wie vom ersten Richter angenommen wurde, in der Bergwerksgesetzgebung ihren rechtlichen Stützpunkt finde;

J. E., daß diese Frage indessen ebenwohl verneint werden muß;

J. E., daß zuvörderst weder das Bergwerksgesetz von 1810, noch irgend ein anderes noch geltendes Gesetz der Materie, eine directe Bestimmung enthält, wonach der Bergwerkseigenthümer unbedingt für jeden in dem Concessionsfelde entstandenen, aus dem Bergwerksbetriebe hervorgegangenen Schaden zu haften verpflichtet sein soll, zudem aber auch rücksichtlich der verschiedenen Eigenthümer der Grundstücke, welche in ihrer Zusammensetzung das Concessionsfeld bilden, eine Einheit des letztern nicht besteht;

Daß der erste Richter sich zur Begründung jener Haftbarkeit auf den aus der Specialgesetzgebung angeblich hervortretenden Geist stützt, und sich in dieser Hinsicht mit den Appellaten auf die Art. 10, 11, 43, 44, 45 und Art. 15 des Gesetzes vom April 1810 beruft;

J. E., daß gleichwohl die Art. 10 u. 11 nur die Entschädigungsverbindlichkeit zum Vortheil des Eigenthümers aussprechen, auf dessen Grund und Boden oberirdische Arbeiten

zum Zweck der Auffindung eines Bergwerks oder zum Betriebe eines solchen, vorgenommen werden, und die Art. 43 u. 44 nur die nähern Bestimmungen über die Regulirung dieser in der Natur der Sache liegenden Entschädigung darbieten;

Daß der Art. 45, wie sich aus dem vom gemeinen Rechte abweichenden Inhalte seines zweiten Alinea ergiebt, nur im speciellen Interesse verschiedener Bergwerkseigenthümer gegeben ist;

J. E. so viel endlich die Bestimmung des Art. 15 des bezogenen Gesetzes betrifft, daß zwar nach den legislativen Erörterungen, welchen dieser Artikel seine Entstehung verdankt, (Vergl. Richard législation francaise sur les mines. Tom. I. pag. 163. 64). angenommen werden könnte, daß derselbe auf der Anerkennung einer allgemeinen Entschädigungspflicht beruhe, wie sie vom ersten Richter aufgestellt wird;

Daß gleichwohl die beschränkte Fassung, welche der fragl. Artikel schließlich erhalten hat, diese Annahme zu rechtfertigen nicht geeignet erscheint, und daß derselbe in dieser seiner Fassung die Folgerung nicht gestattet, daß der Bergwerkseigenthümer auch für einen Schaden verantwortlich sei, der, wenn auch in Folge des Bergwerksbetriebes, auf einem im Concessionsfelde gelegenen Grundstücke entsteht, von welchem die bergmännischen Arbeiten überall fern geblieben sind;

J. E., daß hiernach also auch aus der Spezialgesetzgebung der Materie die vom ersten Richter adoptirte allgemeine Entschädigungsverbindlichkeit nicht abzuleiten ist;

Daß die Anlagen, welchen nach der Klage das Versiegen der Quelle zugeschrieben wird, wie Eingangs erwähnt, über zweihundert Metres von dem Grundstücke des Appellaten Bickelmann, worin die Quelle entspringt, entfernt bleiben; daß also auch die speciellen Voraussetzungen des Art. 15 des Gesetzes von 1810 hier nicht Platz greifen können;

J. E., daß demnach die erhobene Klage als in thesi nicht begründet hätte zurückgewiesen werden müssen, und das erstrichterliche Urtheil daher der Reformation unterliegt.

Aus diesen Gründen

weis't der Rh. A. G. H. unter Reformation des Urtheils des Königl. Landgerichts zu Saarbrücken vom 6. Juli 1852 die durch Ladung vom 28. Mai 1851 erhobene Klage als unbegründet ab, verurtheilt die Appellaten zu den Kosten u. s. w.

III. Civilsenat. Sitzung vom 20. Juli 1853.

Advokaten: Lautz — Compes.

Archiv

für

das Civil- und Criminal-Recht

der

Königl. Preuß. Rheinprovinzen.

Herausgegeben

durch

einen Verein von Mitgliedern des öffentl. Ministeriums und des Advokatenstandes beim Rheinischen Appellations-Gerichtshofe zu Köln.

Achtundvierzigster Band.

Zweite Abtheilung.

Köln am Rhein,

Druck und Verlag von Peter Schmitz.

1853.

Archiv

für

das Civil- und Criminal-Recht

der

Königl. Preuß. Rheinprovinzen.

Herausgegeben

durch

einen Verein von Mitgliedern des öffentl. Ministeriums und des Advokatenstandes beim Rheinischen Appellations-Gerichtshofe zu Köln.

Neue Folge.
Einundvierzigster Band.

Zweite Abtheilung.

Köln am Rhein,
Druck und Verlag von Peter Schmitz.
1853.

Zweite Abtheilung

A.

Rechtsentscheidungen des Königl. Revisions- und Cassationshofes.

Uneheliches Kind. — Geburtsurkunde. — Beweis der Mutterschaft. — Anfang eines schriftlichen Beweises.

Durch die Geburtsurkunde wird bis zur Führung des Beweises der Verfälschung die Herkunft des Kindes — auch eines unehelichen — von der in der Urkunde genannten Mutter, auch ohne das Zugeständniß der Letzern, festgestellt.

Der eine Ehegatte kann zwar während der Ehe den andern Ehegatten und die ehelichen Kinder durch die freiwillige Anerkennung eines unehelichen Kindes nicht benachtheiligen; dagegen wird hierdurch die Zulässigkeit einer gerichtlichen Feststellung der Mutterschaft und der hierzu nach allgemeinen Vorschriften geeigneten Beweismittel nicht beschränkt.

Art. 45. 337 B. G. B.

D. — S.

Das thatsächliche Verhältniß sowie das Urtheil des A. G. H. vom 5. Juni 1848 sind in dem 43. Bande des Archivs Abth. 1, S. 174 mitgetheilt.

Gegen diese Entscheidung haben die Verklagten Ogier und Leonard Heinrich D. den Cassations-Rekurs ergriffen.

Die geltend gemachten Cassationsmittel sind:

I. Verletzung der Artikel 324, 334, 336, 337, 341, 1319, 1347 des B. G. B. und falsche Anwendung des Artikels 45 desselben.

Der Geburtsakt beweise nur, was der Civilstandsbeamte, als vor ihm geschehen, beurkundet habe, also die Vorzeigung des Kindes und daß der Geburtshelfer die ihm zugeschriebene Erklärung wirklich gemacht habe, nicht, daß deren Inhalt, hinsichtlich der angeblichen Mutter in Wahrheit begründet sei. Die Erklärung des Geburtshelfers könne wider die angebliche Mutter den Beweis der Mutterschaft nicht liefern und die daraus entspringenden Folgen gegen sie nicht begründen. Dies ergebe sich aus den allgemeinen Beweisregeln, Art. 1319 und 1347; insbesondere aber auch aus Art. 336, wonach nicht einmal die Erklärung des unehelichen Vaters, welcher eine bestimmte Frau als Mutter bezeichne, dieser gegenüber die Herkunft beweise. Selbst der Inhalt eines rectificirenden Urtheiles, Art. 100, beweise nur gegen die Parteien, welche an dem Prozesse Theil genommen haben. Wenn der Art. 319 ausnahmsweise den Geburtsakt zu dem Beweise der ehelichen Abkunft für hinreichend erkläre, so sei für uneheliche Kinder das Gegentheil anzunehmen, wofür auch der Art. 334 spreche, welcher Zuziehung und Anerkenntniß der Mutter zu der Beweiskraft gegen dieselbe fordere. Darin aber nun, daß der Gerichtshof einen Geburtsakt, der nicht einmal als Anfang eines schriftlichen Beweises für die Thatsache der Niederkunft dienen könne, als vollbeweisend angenommen, und ihn der

Zulassung zum Identitätsbeweise durch Zeugen zum Grunde gelegt habe, liege eine Verletzung der angeführten Artikel.

Cassationsverklagter setzt entgegen: Die Civilstandsurkunden seien, weil sie den Zweck hätten, den Personenstand festzustellen, nach anderen, als den in Art. 1319 und 1347 gegebenen Regeln zu beurtheilen. Nach Art. 46 des B. G. B. seien für die Thatsache der Herkunft u. s. w. andere Beweismittel nur aushülfsweise zulässig. Regel also sei es, daß das Personenstandsereigniß selbst, nicht das bloße Faktum der gemachten Anzeige durch die Urkunde bewiesen werde. Daß nach Art. 99 und 100 Rectificationsurtheile nur wider die Parteien Beweiskraft haben, zeige, daß gegen Andere der Civilstandsakt selbst als das beweisende Document für die streitige Thatsache gelte. Die Gesetzgebung habe aus diesem Grunde auch die Personen ausdrücklich bestimmt, deren vor dem Personenstandsbeamten gemachten Erklärung die beweisende Kraft zukomme. Der Art. 336 behandle nur die Wirkung einer freiwilligen Anerkennung des Vaters und spreche aus, daß sie nicht zugleich gegen die Mutter, als solche, Wirkung habe. Aber die bloße Thatsache der Herkunft von einer bestimmten Mutter könne auch durch die Erklärung des Vaters festgestellt werden, da der Art. 56 denselben mit unter den Declaranten aufzähle. Die Feststellung dieser Thatsache sei nicht mit dem Rechtsakte eines Anerkenntnisses zu verwechseln, von welchem in Art. 756 und 334 gehandelt werde.

Die gegen die Mutter nach Art. 341 zulässige Ermittelungsklage habe den Zweck, das Anerkenntniß zu ersetzen, welches jeden Streit über das anerkannte Rechtsverhältniß ausschließe und nur die Erörterung seiner gültigen Abgabe zulasse. Der Meinung Duranton's, welcher annehme, daß der Geburtsakt die Niederkunft der bezeichneten unehelichen Mutter nicht beweise, werde daher auch von den bewährtesten Commentatoren und Rechtslehrern: Merlin, Toullier, Delvincourt widersprochen. Der Art. 337 sei nicht verletzt, weil er nur die Rechtshandlung des freiwilligen Anerkenntnisses zum Gegenstande habe. Es sei damit aber nicht ausgesprochen, daß auf faktische Erklärungen der Mutter in der Ehe bei der in dem Rechtswege festzustellenden Mutterschaft kein Gewicht gelegt werden dürfe. Es solle aus den Erklärungen der Mutter nur die Identität der Person des Klägers mit dem Sohne festgestellt werden, von welchem es durch den Geburtsakt als feststehend angenommen worden, daß sie denselben am 5. April 1810 geboren habe.

Die Art. 324 und 1347 könnten nicht verletzt sein, denn es lege der A. G. H. nicht der Civilstandsurkunde die Kraft des Anfanges eines schriftlichen Beweises bei, sondern betrachte durch denselben den Klagegrund bis auf die Personenidentität als vollständig bewiesen.

II. Cassationsmittel, Verletzung der Art. 337, 341, 1347 des B. G. B., weil die von der Erblasserin in der Ehe ausgestellten Schriften als Beweismittel für die Identität des Cassationsverklagten mit dem in dem Geburtsakte bezeichneten Kinde zugelassen worden seien. Es sei die Annahme willkührlich, daß der Art. 337 Anerkenntnisse in der Ehe zwar als solche zum Nachtheil des anderen Gatten und der ehelichen Kinder für werthlos erkläre, als Beweismittel dagegen gelten lasse. Das Gesetz habe den anderen Ehegatten und die ehelichen Kinder gegen Beeinträchtigung durch einseitige Erklärungen sichern wollen. Dieser Zweck dürfe nicht durch Aushändigung schriftlicher Erklärungen, die als Beweisstücke benutzt werden könnten, umgangen werden. Der Art. sei unbedingt, und es sei also

gleichgültig, ob bei diesen Scripturen eine Collusion Statt gefunden habe oder nicht. Der Art. 341, den der A. G. H. als selbstständige Bestimmung neben dem Art. 337 behandle, sei vielmehr mit diesem nothwendig in Verbindung zu setzen. Nach Art. 1347 seien nur Schriften als Anfang eines schriftlichen Beweises tauglich, wenn sie von dem ausgegangen sind, gegen welchen sie geltend gemacht werden sollen, oder von einer Person, welche als Rechtsvorgänger diejenige Person, gegen welche man den Beweis führen will, durch ihre Handlungen verpflichten konnte. Das aber könne der Ehegatte nicht den andern Ehegatten oder seine ehelichen Kinder, wenn die Erklärung die Anerkennung eines vorehelichen Kindes zum Gegenstande habe. Wenn selbst eine klare Urkunde der Erblasserin wider die Cassationskläger wirkungslos sein würde, so könne noch weniger eine Urkunde gegen sie Wirkung haben, welche eine Thatsache, auf die es ankomme, nur wahrscheinlich mache.

Cassationsverklagter erwidert: Art. 337 sage nur, das Anerkenntniß in der Ehe solle dem anderen Ehegatten und den Kindern der Ehe nicht nachtheilig sein, verbiete also die Anerkennung der Mutter nicht, indem solche keine Benachtheiligung enthalte, in so fern die nämlichen Wirkungen für das Kind durch die nach Art. 341 zulässige Ermittelung der Mutter erreicht werden könnten. Die Gefahren einer Benachtheiligung durch schriftliche Erklärungen, die nur als Anfang eines schriftlichen Beweises benutzt würden, fielen weg, da ja dieser Beweis selbst bis zu voller richterlicher Ueberzeugung von der Wahrheit der Thatsache vervollständigt werden müßte. Art. 337 handle von den Wirkungen einer Willenserklärung; Art. 341 von der Beweisführung zur Feststellung einer Thatsache. Insoweit habe der A. G. H. Recht in der Aufstellung, daß der schriftlichen Erklärung aller Werth abzusprechen sei, wenn der Verdacht einer Collusion vorwalte. Der Art. 337 könne nur den Zweck haben, Collusionen zu verhindern. Die Wahrheit, die nach Art. 341 feststellbar sei, wolle er nicht unterdrücken. Der Verbesserungsvorschlag Malleville's bei der Diskussion von Art. 341 die Mutterschaftsklage auszuschließen, wenn die Mutter verheirathet sei, sei ausdrücklich verworfen worden, weil das Recht des Kindes auf Beweisführung nicht durch die ihm fremde Handlung der Verehelichung der Mutter beeinträchtigt werden könne. Was aber den Ogier D. Vater betreffe, so stehe gegen diesen nach der Annahme des A. G. H. fest, daß er den Cassationsverklagten selbst vor dem Zuchtpolizeigerichte als den vorehelichen natürlichen Sohn seiner Frau anerkannt habe.

III. Cassationsmittel, Verletzung des Art. 341 in Verbindung mit falscher Anwendung der Art. 320 und 321 über den Standesbesitz.

Fast der ganze Inhalt des Beweisthemas beziehe sich auf die Possession d'état; zwar hätten beide Instanzrichter erklärt, diese unerörtert lassen zu wollen; in der That aber sei darauf Gewicht gelegt, indem die Führung des Namens Albert S., daß die Erblasserin ihn als ihren Sohn angesehen, daß sie ihn gekleidet und seine Alimente bestritten und daß er als ihr Sohn allgemein gegolten, Merkmale eines Standesbesitzes seien. Dieses beweise aber nach den angeführten Artikeln eine behauptete Abkunft nur, wenn eheliche Herkunft in Anspruch genommen werde. Der Vorschlag, einen solchen Beweis auch für uneheliche Kinder zuzulassen, sei ausdrücklich verworfen worden.

Cassationsverklagter entgegnet: Die vorigen Richter möchten bei Beurtheilung der Erheblichkeit der Thatsachen, die sie für die Identität der

Person als entscheidend angesehen haben, immerhin geirrt haben, so würde das ein im Cassationswege unangreiflicher faktischer Irrthum gewesen sein, eben so wie es im Cassationswege nicht gerügt werden könnte, wenn die Richter aus den zum Beweise gestellten Thatsachen nach Erhebung der Beweismittel den Beweis schon wirklich für geführt angenommen hätten. Es sei aber auch eine falsche Behauptung, daß eine Thatsache zum Beweise der Personenidentität nicht geeignet sei, weil sie sich eignen würde, den Beweis eines Standesbesitzes herzustellen. Uebrigens werde die Ansicht Toullier's, daß uneheliche Kinder sich nicht auf Possession d'état berufen könnten, von anderen Autoren: Duranton, Proudhon, Dalloz, Delvincourt bestritten. Wäre gleich bei der Diskussion der Vorschlag verworfen worden, die Berufung auf Possession d'état des natürlichen Kindes dem Anfange eines Commencement de preuve par écrit an die Seite zu setzen, so sei dies doch nur geschehen, weil man einen konstanten Standesbesitz als einen vollständigen Beweis betrachtet habe, durch den weitere Ermittelungen überflüssig würden. Es enthalte aber auch das zugelassene Beweisthema nicht bloße Merkmale einer Possession d'état, sondern zugleich andere Thatsachen, welche neben den erstern, wenn die Zulässigkeit des Zeugenbeweises feststehe, als Vermuthungsgründe würden berücksichtigt werden können.

Urtheil:

Auf das erste Cassationsmittel:

I. E., daß die Geburtsurkunden nicht den bloßen Zweck haben, die Thatsache der Geburt eines Kindes festzustellen, vielmehr wesentlich dazu dienen sollen, die Herkunft desselben außer Zweifel zu setzen;

Daß daher der Art. 45 dem Inhalte des mit den Registern übereinstimmend ertheilten Auszuges Beweiskraft bis zur Führung des Beweises der Verfälschung beilegt;

Daß der Art. 56 ausschließend die Personen bestimmt, durch deren Erklärungen vor dem Civilstandsbeamten der authentische Beweis der Herkunft geliefert wird;

Daß ohne Feststellung des Abkunftsverhältnisses durch diese Erklärungen die Civilstandsurkunde nur eine rechtlich unerhebliche Thatsache ergeben würde;

Daß daher auch in Art. 58 des B. G. B. bei Findelkindern Vorschriften gegeben sind, welche den Zweck haben, das wesentliche Erforderniß der Feststellung der Herkunft, welches in anderen Fällen durch die gesetzlich bezeichneten Deklaranten geliefert wird, soweit als möglich durch eigene Wahrnehmungen des Civilstandsbeamten zu ersetzen;

I. E., daß zwar durch die Anerkennung des Vaters nach Art. 336 die Mutterschaft nicht festgestellt wird, wenn nicht das Geständniß der Mutter hinzukommt;

Daß indeß hier nur von der Rechtshandlung die Rede ist, durch welche der Erklärende sich freiwillig den Wirkungen des außerehelichen Elternverhältnisses unterwirft, nicht von der Feststellung der Thatsache der Herkunft, welche nach Art. 341 des B. G. B. in Beziehung auf die uneheliche Mutter gestattet ist;

Daß der Art. 334, welcher zu der Wirksamkeit der Anerkennung eine authentische Urkunde des Anerkennenden fordert, da es nur auf den Beweis einer Thatsache ankommt, in dem vorliegenden Falle nicht anwendbar ist;

Daß, da der Richter dem Art. 45 entsprechend, in der Civilstandsurkunde den vollständigen und authentischen Beweis der Entbindung der Marie

Johanne S. von einem außerehelichen Kinde mit Namen Albert gefunden hat, die Art. 324 und 1347, welche nur die Erfordernisse des Anfangs eines schriftlichen Beweises zum Gegenstande haben, nicht verletzt sein können;

Daß auch eine Verletzung des Art. 1347, sowie des Art. 1319 aus dem Grunde nicht anzunehmen ist, weil der Beweis der Personenstandsereignisse nach den besonders dafür aufgestellten Vorschriften beurtheilt werden muß.

Auf das zweite Cassationsmittel:

I. E., daß der Art. 337 nur die Benachtheiligung des einen Ehegatten und der ehelichen Kinder durch die in der Ehe erfolgende Rechtshandlung des anderen Ehegatten ausschließt, welche durch Anerkennung einem Kinde die Ansprüche eines unehelichen einräumt;

Daß dagegen die Zulässigkeit einer Feststellung der Mutterschaft hierdurch nicht beschränkt wird;

Daß zwar der Beweis der Mutterschaft in dem Rechtswege nur bei vorhandenem Anfange eines schriftlichen Beweises Statt findet;

Daß aber das Gesetz als Anfang eines schriftlichen Beweises alle Schriften zuläßt, welche von demjenigen ausgegangen sind, wider welchen der Beweis geführt werden soll, insoweit sie die zu erweisende Thatsache wahrscheinlich machen, ohne Rücksicht auf deren Bedeutung als rechtsverbindliche Handlung;

Daß also die von der S. ausgegangenen Schriften gegen sie selbst als Anfang eines schriftlichen Beweises hätten zugelassen werden müssen;

Daß sie aber aus eben dem Grunde auch wider den Cassationskläger, den Leonhard Heinrich D., benutzt werden können, welcher nur als Erbe seiner Mutter in dem Prozesse steht;

Daß hinsichtlich des Cassationsklägers Ogier D. nur die Frage vorliegt, ob der Cassationsverklagte vermöge seiner Ansprüche an den Nachlaß seiner angeblichen außerehelichen Mutter legitimirt sei, die Auseinandersetzung der ehelichen Gütergemeinschaft zu verlangen;

Daß diese Legitimation allein davon abhängt, ob Cassationsverklagter im Stande ist, seine uneheliche Herkunft dem Leonhard Heinrich D., als dem Erben und ehelichen Sohne seiner Mutter gegenüber zu beweisen;

Daß hiernach weder der Art. 341 des B. G. B., welcher den Anfang eines schriftlichen Beweises zum Zwecke der Ermittelung der Mutterschaft fordert, noch der Art. 1347, welcher die Erfordernisse des Anfangs eines schriftlichen Beweises bestimmt, noch endlich der Art. 337, welcher nur die Rechtsverbindlichkeit einer freiwilligen Anerkennungshandlung zum Gegenstande hat, als verletzt erscheinen.

Auf das dritte Cassationsmittel:

I. E., daß in Beziehung auf die Erheblichkeit der zum Beweise gestellten Thatsachen die angegriffene Entscheidung nur eine interlokutorische ist, gegen welche der Cassationsrekurs vor dem Endurtheile nicht Statt findet:

Aus diesen Gründen

verwirft der Kgl. Revisions- und Cassationshof den Cassationsrekurs wider das Erkenntniß des Rh. A. G. H. vom 12. Juli 1848 auf das erste und zweite Cassationsmittel als unbegründet, auf das dritte als unannehmbar, unter Verurtheilung der Cassationskläger in Strafe und Kosten.

Sitzung vom 8. Januar 1850.

Ref.: H. O. D. R. R. v. Daniels. — Concl.: H. G. P. Jaehnigen.

Advokaten: Reusche — Dorn.

Subhastationsverfahren. — Beschlagnahmeverfügung. — Zuziehung des Gerichtsschreibers.

Die Zuziehung des Gerichtsschreibers zur Beschlagnahmeverfügung im Subhastationsverfahren ist nicht erforderlich.

Schaw u. Caffary — von Hompesch-Melchers.

Die Frage, ob die Zuziehung des Gerichtsschreibers zur Beschlagnahmeverfügung im Subhastationsverfahren bei Strafe der Nichtigkeit erforderlich sei, welche bereits mehrmals Gegenstand der Entscheidung bei dem A. G. H. war (Arch. 45. 1. 227. — 46. 1. 88.), ist, da eines der angeführten Urtheile im Cassationswege angegriffen wurde, auch dem Revisions- und Cassationshofe zur Entscheidung unterbreitet worden.

Es lautet das

Urtheil:

I. E., daß aus dem §. 32 in Verbindung mit den §§. 4, 5 und 22 der Subhastations-Ordnung vom 1. August 1822 hervorgeht, daß die Zuziehung des Gerichtsschreibers bei der in den §§. 4 und 5 angeordneten Beschlagnahmeverhandlung nicht erfordert wird;

Daß der Appellationsrichter daher, indem er wegen der Vorschrift des Art. 1040 des B. G. B. die entgegengesetzte Ansicht aufstellte, diesen Art. falsch anwendete und die angeführten §§. verletzte;

I. E., daß es bei der schon auf das erste Cassationsmittel erfolgenden Vernichtung des angegriffenen Urtheils einer Prüfung des zweiten und dritten Cassationsmittels nicht bedarf:

Aus diesen Gründen

cassirt der Kgl. Revisions- und Cassationshof in contumaciam wider den Cassationsverklagten Melchers erkennend, das Urtheil des Rh. A. G. H. vom 25. Januar 1850, verordnet die Beischreibung des gegenwärtigen Urtheils am Rande des cassirten und die Rückgabe der Succumbenzgelder, legt den Cassationsverklagten die Kosten zur Last;

Und, indem er in der Sache selbst, an die Stelle des Appellationsrichters tretend, erkennt: u. s. w.

Sitzung vom 29. Juni 1852.

Ref.: H. G. D. R. R. Schnaase. — Concl.: H. G. P. Jaehnigen.
Advokaten: Volkmar — Reusche.

Gewerbeordnung. — Handwerker. — Magazine. — Meisterprüfung.

Wer zur Zeit der Emanation der Gewerbeordnung vom 17. Januar 1845 zum Betriebe des Schreinerhandwerks schon berechtigt war, darf sich als Inhaber eines Magazins von Möbeln mit deren Anfertigung auch für sein eigenes Magazin befassen, ohne die Meisterprüfung bestanden zu haben.

§. 33 der Verordnung vom 9. Februar 1849.
§. 15 der Gewerbeordnung v. 17. Januar 1845.

Oeffentl. Ministerium — Lingenbring.

Der Möbelhändler Lingenbring zu Düsseldorf wurde von der Beschuldigung:

> Im Laufe des Jahres 1851 zu Düsseldorf die Gewerbe eines Möbelschreiners und Tapezierers betrieben zu haben, ohne seine Qualifikation nachgewiesen zu haben,

durch Urtheil des Zuchtpolizeigerichts zu Düsseldorf vom 20. Dezember 1851 freigesprochen und zwar auf Grund des §. 15 alinea der Gewerbeordnung vom 17. Januar 1845, weil er diese Geschäfte erwiesenermaaßen schon seit 1843 theils in Cöln theils in Düsseldorf selbstständig betrieben habe und mithin der Fall des §. 15 alinea vorliege.

Nachdem dies Urtheil ohne Appellation die Rechtskraft beschritten, wurde er vor dasselbe Zuchtpolizeigericht gestellt, unter der Beschuldigung:

> Seit längerer Zeit zu Düsseldorf als Inhaber eines Magazins von Möbeln sich mit deren Anfertigung befaßt zu haben, ohne die zum Betriebe des Schreinerhandwerkes erforderliche Meisterprüfung bestanden zu haben, Vergehen gegen §§. 33 und 74 der Verordnung vom 9. Februar 1849,

von dieser Beschuldigung aber in beiden Instanzen freigesprochen, indem der zweite Richter dem ersten Richter beitrat, dieser aber erwog:

Daß wenn der §. 33 der Verordnung vom 9. Februar 1849, wegen Abänderung der Allgemeinen Gewerbeordnung, es den Inhabern von Magazinen der in Rede stehenden Art verbietet, sich mit Anfertigung der Waaren selbst zu befassen, sobald sie nicht die zum Betriebe des betreffenden Handwerks erforderliche Meisterprüfung bestanden haben, hierin gleichwohl nicht eine singuläre Vorschrift gegeben ist, welche zu einer einschränkenden Auslegung veranlassen kann; daß vielmehr die bezogene Verordnung, indem sie im Abschnitt 2 für den handwerksmäßigen Gewerbebetrieb neue Bestimmungen aufstellt, und in Betreff der im §. 23 a. a. O. genannten Gewerbe den Nachweis der Meisterprüfung zum Beginne des Gewerbes erfordert, nur eine Ergänzung der Gewerbeordnung vom 17. Januar 1845, insbesondere in Bezug auf die im §. 45 daselbst bezeichneten Gewerbe bildet, zu deren selbstständigen Betrieb gleichfalls der Nachweis einer Prüfung über den Besitz der erforderlichen Kenntnisse und Fähigkeiten verlangt worden;

Daß, gleichwie nun das so eben angeführte Gesetz eine Ausnahme von dem Erfordernisse der Meisterprüfung, nach §. 15 ebendaselbst, in den Fällen gestattet hat, wo ein Gewerbtreibender zur Zeit der Publikation des Gesetzes nach den damals geltenden Grundsätzen zum Gewerbebetriebe berechtigt gewesen, eine gleiche Ausnahme stillschweigend auch für den nach §. 33 der Verordnung vom 9. Februar 1849 erforderten Nachweis der Meisterprüfung gegeben ist; und daß bei der erwiesenen Berechtigung des Beschuldigten zum Betriebe des Tischlerhandwerkes eine solche Ausnahme auch im untergebenen Falle besteht;

Daß mithin die im zweiten Absatze des erwähnten §. 33 ausdrücklich hingestellte Ausnahme von jenem Prüfungsnachweise nicht die alleinige gesetzlich gestattete, sondern nur eine weitere Ausnahme in der genannten Beziehung darstellt; daß es daher auch auf die Erörterung der Frage, ob der im Absatz 2 §. 33 der Verordnung vom 9. Februar 1849 angegebene Ausnahmefall hier vorliege, oder nicht, nicht weiter ankommen kann;

Daß hiernach eine Zuwiderhandlung gegen das Verbot des §. 33 der Verordnung vom 9. Februar 1849 nicht erwiesen ist.

Hierauf hat das öffentl. Ministerium gegen das Urtheil der Correctionell-Appellationskammer zu Düsseldorf vom 16. August d. J. an demselben Tage den Cassationsrekurs ergriffen und rechtfertigend angeführt:

Der §. 33 der Verordnung vom 9. Februar 1849, habe nur eine Ausnahme geschaffen und der §. 15 der Gewerbeordnung vom 17. Januar 1845 habe nur die in dieser Ordnung vorgesehenen Fälle vor Augen, könne daher Mangels desfallsiger ausdrücklicher Bestimmung auf jenen erst vier Jahre später erlassenen §. 33 nicht anwendbar sein, was der Richter war von angenommen habe. Die Verordnung vom 9. Februar 1849 sei keine Ergänzung, sondern eine Abänderung der Gewerbeordnung, wie sie selbst ankündige; sie halte an dem Grundsatze der Gewerbebeschränkung, die Gewerbeordnung dagegen an dem der Gewerbefreiheit und die §§. 23 und 33 seien keine bloße Ergänzung des §. 45 der Gewerbeordnung, weil diese drei Paragraphen ganz verschiedene Fälle behandelten und verschiedene Erfordernisse, somit verschiedene Kathegorieen von Gewerbetreibenden aufstellten, deren jede ihren besonderen Vorschriften unterliege. Der §. 45 nämlich fordere ein Zeugniß der Regierung über die Befähigung zum Gewerbebetriebe, der §. 23 eine Prüfung vor der Commission des Handwerks und ebenso der §. 33 für die Magazin-Inhaber, welche sich davon nicht durch den Nachweis der früheren Meisterschaft, sondern nur durch den Nachweis der früheren Anmeldung bei der Communalbehörde befreien könnten. Der §. 33, welcher nur eine Ausnahme anführe, würde die zweite aus §. 15 der Gewerbeordnung gewiß angeführt haben, wenn der Gesetzgeber solches beabsichtigt hätte. Endlich sei die Ansicht, daß die Regel des §. 33 nur durch die einzige, in ihm enthaltene Ausnahme beschränkt sei, auch in der Ministerial-Instruction vom 18. September 1850 anerkannt. Sei diese Ansicht richtig, so werde das Urtheil zu vernichten und der Beschuldigte nach §. 33 und 74 der Verordnung vom 9. Februar 1849 zu bestrafen sein, da die Bescheinigung des Bürgermeisteramtes zu Cöln nachweise, daß der Ausnahmefall des §. 33 nicht vorliege.

Der Beschuldigte erwidert in einer eingereichten Denkschrift: Es stehe rechtskräftig fest, daß er zum Betriebe des Möbelschreiner-Handwerks befugt sei und der Handel mit Möbeln sei erlaubt, ohne Meisterprüfung, zwei erlaubte Handlungen mit einander verbunden, könnten aber keine unerlaubte Handlung erzeugen. Wer vor der Gewerbeordnung das Schreinerhandwerk bereits selbstständig betrieb, wurde dabei geschützt, und wer es nach ihr anfangen wollte, mußte der Communalbehörde (§. 22) Anzeige machen, wozu der Erstere, das Geschäft nur fortsetzende, nicht verpflichtet war. Der §. 33 der Verordnung vom 9. Februar 1849 beziehe sich aber auf Magazin-Inhaber, die erst nach ihr oder erst nach der Gewerbeordnung sich mit der Anfertigung der Waaren befaßt hatten. Die Cirkular-Verfügung vom 18. September 1850 stehe dem Beschuldigten vielmehr zur Seite, was weiter ausgeführt wird mit dem Bemerken, daß nicht abzusehen sei, weshalb ein zum selbstständigen Betriebe des betreffenden Gewerbes befugter Magazin-Inhaber nicht für sein eigenes Magazin solle arbeiten dürfen? Jene Verfügung spreche dem Magazin-Inhaber, der nicht zugleich zum Betriebe des betreffenden Gewerbes befugt sei, das Recht für sein Magazin zu arbeiten ab, weil die früher *de facto* erfolgte Anfertigung der Arbeiten das Recht nicht conservire, der Beschuldigte treibe aber das Möbelschreiner-Handwerk *de jure*, was rechtskräftig feststehe und könne nach dieser Entscheidung für Jeden arbeiten, mithin auch für sein eigenes Magazin.

Urtheil.

J. E., daß die Gewerbeordnung vom 17. Januar 1845 in den §§. 42 seq. wo sie die einer besonderen polizeilichen Genehmigung resp. vorgängigen Prüfung bedürfenden Gewerbetreibenden anführt, mehrere dahin gehörende Gewerbetreibende gar nicht genannt hatte, namentlich nicht Inhaber von Magazinen zum Detailverkauf von Handwerkerwaaren, welche sich zugleich mit deren Anfertigung befaßten;

Daß zur Ergänzung dieser Lücke der §. 33 der Verordnung vom 9. Februar 1849 diese Magazin-Inhaber einer Meisterprüfung unterwirft mit Ausnahme derjenigen, welche in Betreff der gewerbsmäßigen Anfertigung solcher Waaren vor Verkündigung dieser Verordnung bei der Communalbehörde die vorschriftsmäßige Anzeige gemacht haben, d. h. die im §. 22 der Gewerbeordnung vom 17. Januar 1845 denen vorgeschriebene Anzeige, welche den selbstständigen Betrieb eines Gewerbes unter der Herrschaft dieser Gewerbeordnung erst anfangen wollten;

Daß mithin jener, nur mit dem gedachten §. 22 in gesetzlicher Verbindung stehende §. 33 diejenigen gar nicht trifft, welche zu jener Anzeige nicht einmal verpflichtet waren, also diejenigen nicht, welche zur Zeit der Emanation der Gewerbeordnung vom 17. Januar 1845 zum Betriebe eines Gewerbes schon berechtigt waren; §. 15 alinea der Gewerbeordnung, und mithin eine Prüfung nicht weiter zu bestehen hatten;

Daß nun aber das Urtheil des Kgl. Zuchtpolizeigerichtes zu Düsseldorf vom 20. Dezember v. J. in der Person des Beschuldigten eine solche frühere Berechtigung zum Betriebe des Schreinerhandwerks auf Grund des §. 15 alinea der Gewerbeordnung rechtskräftig festgestellt hat, der Beschuldigte daher ohne Meisterprüfung für Jeden und mithin auch für sein eigenes Magazin fortarbeiten darf.

Aus diesen Gründen

verwirft der Kgl. Revisions- und Cassationshof den Rekurs des öffentl. Ministeriums gegen das Urtheil der Correctionell-Appellationskammer des Kgl. Landgerichts zu Düsseldorf vom 16. August 1852.

Sitzung vom 30. November 1852.

Ref.: H. G. O. R. R. Hermes. — Concl.: H. G. P. Jaehnigen.

Advokat: Dorn.

Fälschung. — Attest eines Beamten. — Abänderung.

Die Abänderung eines ächten Zeugnisses eines Beamten in den Umständen, über welche es aufgestellt ist, (z. B. durch Ausdehnung der Bescheinigung auf eine Zeit, für welche sie nicht ertheilt war,) steht der Anfertigung eines selbstständigen falschen Zeugnisses gleich.*)

§. 255 Nro. 1 und 3 des Str. G. B.

---

*) Der §. 255 des Str. G. B. ist ungefähr wörtlich dem Code pénal Art. 161 entnommen. Man hat ebenfalls beim Art. 161 des Code pénal einige Zweifel hinsichtlich der obigen Frage erheben



Oeffentl. Ministerium — Rinzel.

Peter Rinzel, 24 Jahr alt, Schneidergeselle, geboren zu Bengel, jetzt zu Niederfall wohnend, suchte am 24. März 1852 bei dem Bürgermeister zu Polch die Erlaubniß nach, sich in der Gemeinde Mertloch niederlassen zu dürfen, und legte demselben zu diesem Zweck folgende zwei Zeugnisse vor:

1) Unterzeichneter Ortsvorsteher der Gemeinde Bengel bescheinigt dem Schneider Peter Rinzel von Bengel auf sein Verlangen recht gern, daß er in dem Hause seines Vaters Mathias Rinzel das Schneiderhandwerk vom 1. Juli 1844 bis zum 18. August 1851 selbstständig als Meister betrieben hat. Bengel den 5. Februar 1852. Der Ortsvorsteher (gez.): Ketter, Schwind, Berrenz.

2) Die Aechtheit der vorstehenden Unterschriften des Ortsvorstehers Peter Ketter und der Schöffen Kaspar Schwind und Peter Berrenz von Bengel wird hierdurch beglaubt, mit der ebenmäßigen Bescheinigung, daß der Peter Rinzel aus Bengel nach beendigter dreijähriger Lehrzeit die Schneider-Profession in der oben angegebenen Periode vom 1. Juli 1844 bis August 1851 in dem Hause seines Vaters Mathias Rinzel in Bengel selbstständig betrieben, und sich immer gut geführt hat. Springgiersbach den 6. Februar 1852. Der Bürgermeister (Amtssiegel) (gez.:) Pfeiffer.

Der Bürgermeister von Polch bemerkte in beiden Zeugnissen bei der Jahreszahl 1851 eine Rasur und fragte deßhalb bei seinem Collegen zu Springhiersbach nach, welcher antwortete, daß die Abänderung der Jahreszahl 1846 auf 1851 in diesen Attesten nicht dort vorgenommen worden sei. Bei einer vorläufigen Vernehmung wollte Rinzel nicht wissen, von wem diese Veränderung geschehen, ein Zeuge hatte jedoch bemerkt, daß er in Mertloch mit Kreide an dem Papier gearbeitet habe.

Durch direkte Vorladung wurde Peter Rinzel vor das Zuchtpolizeigericht zu Coblenz gestellt, unter der Beschuldigung: „durch Veränderung der Jahreszahl 1846 in die Jahreszahl 1851 zwei ihm unter dem 5. und 6. Februar 1852 von dem Gemeindevorstande zu Bengel und dem Bürgermeister von Springgiersbach ausgestellte Zeugnisse, welche geeignet waren, ihn dem Wohlwollen Anderer zu empfehlen und ihm Unterkommen zu verschaffen, gefälscht, und von diesen der Art gefälschten Zeugnissen, wissentlich Gebrauch gemacht zu haben."

In der Sitzung des Kgl. Landgerichts vom 25. Mai 1852, räumte der Beschuldigte nur ein, daß er von den Attesten, wissend, daß eine Veränderung damit vorgenommen worden, Gebrauch gemacht habe, — das öffentliche Ministerium nahm jedoch den Antrag, zu erkennen, daß weder ein Vergehen, noch eine Uebertretung vorliege, die Ladung und alles, was darauf erfolgt sei, zu vernichten, und den Beschuldigten freizusprechen. Das Zuchtpolizeigericht erkannte auch durch Urtheil vom 25. Mai ganz nach diesem Antrage, indem es erwog:

Daß zwar in den fraglichen Zeugnissen die Jahreszahl 1846 in 1851 fälschlich geändert worden, daß indessen die Bestimmung des §. 255 des

---

wollen, (vgl. Carnot C. pén. I. p. 102) jedoch ist der obige Satz alsbald als unbedenklich richtig durchgedrungen. S. Théorie du C. pén. par Chauveau Adolphe et Hélie. t. II. p. 560. vgl. auch Arr. Cass. 11. Mars et 9. Iuni 1826 (Sirey 1827. 1. 529.) 23. December 1841 (J. Pal. 1842. 650.)

Str. G. B. die von der Anfertigung falscher Zeugnisse ausdrücklich unterschiedene Verfälschung ächter Zeugnisse, unter Abweichung von der unmittelbar vorhergehenden Bestimmung des §. 254 nur dann für strafbar erklärt, wenn das Zeugniß hierdurch auf einen Andern bezogen, oder wie das Gesetz sagt, für eine andere Person, als für welche es ausgestellt, passend gemacht werde;

Daß die Verfälschung der fraglichen Zeugnisse also selbst dann nicht strafbar sein würde, wenn dadurch dem Beschuldigten solche Eigenschaften, Vorzüge und dergleichen fälschlich beigelegt wären, welche eine Aenderung der Persönlichkeit nicht enthielten;

Daß endlich der Gebrauch verfälschter Zeugnisse nicht weiter strafbar ist, als die Verfälschung selbst.

Die Appellation welche das öffentliche Ministerium gegen dieses freisprechende Erkenntniß einlegte, wurde durch Urtheil der Appellationskammer des Kgl. Landgerichts zu Coblenz vom 15. Juli 1852 unter Adoptirung der Gründe des ersten Richters verworfen.

Am nämlichen Tage meldete der Kgl. Oberprokurator den Cassationsrecurs an, ließ hiervon dem Beschuldigten die vorgeschriebene Zustellung machen, hat jedoch zur Begründung dieses Rechtsmittels nur auf zwei Rescripte der Ministerien der Justiz und des Innern vom 15. April und 10. Mai 1852 Bezug genommen, in welchen die Ansicht ausgesprochen wird, daß der §. 255 des Str. G. B. auch den Fall begreife, wenn Jemand in ein ursprünglich ächtes Zeugniß der dort bezeichneten Art unrichtige Angaben über Aufführung, Armuth oder sonstige Umstände hineinschreibe.

Urtheil.

I. E. daß die gegen den Cassationsverklagten Peter Minzel auf Grund des §. 255 des Str. G. B. erhobene Beschuldigung darauf beruht, daß er in den amtlichen Attesten vom 5. und 6. Februar 1852 in der Bescheinigung „daß er vom 1. Juli 1844 bis 18. August 1846 das Schneiderhandwerk selbstständig als Meister betrieben," die Jahreszahl 1846 in 1851 verändert, und von diesem falschen Atteste wissentlich Gebrauch gemacht habe;

Daß wenn nach §. 255 Nro. 1 des Str. G. B. mit der dort angedrohten Strafe derjenige belegt werden soll, „welcher unter dem Namen eines Beamten oder einer Behörde ein Zeugniß über gute Aufführung, Armuth oder sonstige Umstände anfertigt," nach den klaren Worten des Gesetzes diese Strafbestimmung den Fall mit umfaßt, wo der Beschuldigte durch eine Abänderung in einem ächten Atteste, welche die Bescheinigung auf eine Zeit ausdehnt, für welche sie nicht ertheilt war, in Betreff der zusätzlichen Zeit ein selbstständiges falsches Zeugniß anfertigt;

Daß demnach die Appellationskammer des Landgerichts zu Coblenz, indem sie durch einen solchen Fall die Bestimmung des §. 255 des Str. G. B. für nicht anwendbar erklärte, die Strafvorschrift in Nro. 1 des §. 255 verletzt hat.

Aus diesen Gründen

cassirt der Kgl. Revisions- und Cassationshof das Urtheil der Correctionell-Appellationskammer des Kgl. Landgerichts zu Coblenz vom 15. Juli 1852, verordnet die Beischreibung dieses Urtheils am Rande des cassirten, legt dem Cassationsverklagten die Kosten zur Last;

Und, in der Sache selbst erkennend:

J. E., daß der Beschuldigte nach den Verhandlungen vor dem Zuchtpolizeigerichte geständig ist, daß er von den erwähnten Attesten, welche, wie ausgeführt ist, im Sinne des §. 255 Nro. 1 des Str. G. B. falsch waren, wissentlich Gebrauch gemacht hat;

Nach Einsicht des §. 255 Nro. 1 und 3 des Str. G. B. und des Art. 368 der Cr. P. O. erklärt der Kgl. Revisions- und Cassationshof den Peter Kinzel des wissentlichen Gebrauches eines falschen obrigkeitlichen Attestes für schuldig, und verurtheilt denselben, mittelst Abänderung des Urtheils des Zuchtpolizeigerichts zu Coblenz vom 25. Mai 1852, zu einer Gefängnißstrafe von 14 Tagen und in die Kosten.

Sitzung vom 12. Oktober 1852.

Ref.: H. G. O. R. R. Frech. — Concl.: H. G. P. Jaehnigen.

Vorspann im Bergischen. — Unternehmer. — Kreis-Director. — Landrath.

Durch die Bergische Gouvernements-Verordnung vom 1. April 1814 über die Regulirung des Vorspanns- und Einquartirungs-Wesens sind die älteren, diesen Gegenstand betreffenden Gesetze aufgehoben.

Hiernach ist der Vorspann durch einen zu bestellenden Unternehmer, und nur wenn mehr Pferde nöthig sind, als dieser stellen kann, nach der Anweisung des Kreis-Directors, jetzt des Landraths, durch den Landmann zu leisten.

Oeffentl. Ministerium — Sartorius.

Christian Sartorius, 64 Jahre alt, Ackerer zu Steimelshof, wurde unter der Beschuldigung:

> Der an ihn von dem Bürgermeister zu Warth ergangenen Requisition vom 5. Juni 1852 zur Gestellung einer Fuhre von Geistingen nach Siegburg zum Transport von Militair-Effecten keine Folge geleistet zu haben,

vor das Kgl. Polizeigericht zu Hennef geladen.

Die Bergische General-Gouvernements-Verordnung vom 1. April 1814 über die Regulirung des Vorspanns- und Einquartirungs-Wesens, auf welche die Beschuldigung gegründet wird, lautet:

§. 5. Für den Vorspann sollen in jedem Ablösungsorte Unternehmer aufgefordert und angestellt werden, welche für die zur Ablösung erforderlichen Pferde und Karren zu sorgen haben.

§. 7. Sollten außer diesen mehr Pferde nöthig sein, als der Unternehmer stellen kann, so ist der Landmann verpflichtet, die Pferde herzugeben, und der Kreis-Director hat die erforderliche Anzahl auf die Anzeige des Parkcommissars nach dem bestehenden Vorspanns-Regulativ aufbieten zu lassen.

§. 9. Derjenige, welcher zu dienen verpflichtet war, und nicht gehörig erscheint, wird mittelst Exekution beigeholt, verliert den Fuhrlohn nicht nur, sondern wird noch mit 5 Reichsthaler bestraft.

In der Sitzung des Polizeigerichtes vom 2. Juli d. J. gestand der Beschuldigte die Verweigerung der requirirten Fuhre ein; das öffentl. Ministerium nahm den Antrag auf dessen Bestrafung zufolge des angeführten §. 9. Das Polizeigericht sprach jedoch denselben durch Urtheil vom 6. August 1852 von Strafe und Kosten frei. In den Motiven wird gesagt, daß nach der Gouvernements-Verordnung der Vorspann in der Regel durch Unternehmer und nur ausnahmsweise vermittelst Aufgebots von Landleuten Seitens der dazu bestellten Behörde geschehen solle, namentlich sei der Landmann nur in dem Falle verpflichtet, wenn mehr Pferde nöthig seien, als der Unternehmer stellen könne, und das Aufgebot zum Vorspann vom Kreis-Director ausgehe. Keine dieser Bedingungen sei hier vorhanden, die Anweisung des Bürgermeisters daher nicht verbindlich. Auch der §. 340 Nro. 7 des Str. G. B. finde keine Anwendung, weil es an dessen Voraussetzungen fehle.

Das öffentl. Ministerium bei dem Polizeigerichte hat gegen dieses Urtheil rechtzeitig den Cassations-Rekurs angemeldet und durch Gerichtsvollzieherakt vom 8. August 1852 hiervon dem Beschuldigten Zustellung machen lassen. Der Kgl. Ober-Prokurator zu Bonn führt in dem Einsendungsberichte zur Begründung des Rekurses an, daß der §. 9 der Gouvernements-Verordnung falsch ausgelegt, und der §. 58 der Gemeindeordnung vom 17. März 1850 verletzt worden. Der Militair-Vorspann sei eine ganz allgemeine, nöthigenfalls durch administrative Exekution zu erzwingende staatsbürgerliche Verpflichtung, wie das Edict vom 28. Oktober 1810 und das Regulativ vom 29. Mai 1816 beweise, und eine ältere bergische Verordnung vom 16. August 1757 bedrohe schon diejenigen, welche von den Truppen-Vorspannleistungen ohne Entlassungsschein entweichen oder gar nicht erscheinen, mit 6 Goldgulden Strafe. Wenn nun die Gouvernements-Verordnung zur Regulirung des Vorspanndienstes bestimme, daß an jedem Ablösungsorte Unternehmer angestellt werden, und wenn mehr Pferde nöthig, als diese stellen könnten, der Landmann zum Vorspann verbunden sein solle, so sei offenbar nur ausgesprochen, daß allein an Ablösungsorten, wo ein Unternehmer bestellt worden, die Verpflichtung des Landmannes eine subsidiarische sei, daß dagegen an allen anderen Orten, wo kein Unternehmer existire, (wie in Geistingen), es bei der allgemeinen Verpflichtung, „zu dienen“ verbleibe, deren Weigerung der §. 9 bestrafe. Wenn der Landmann schon an den Orten Vorspann leisten müsse, wo der Unternehmer zu wenig Pferde habe, wie vielmehr trete dieses da ein, wo gar kein Unternehmer existire. Es würde sonst in die Willkühr der Unternehmer gegeben sein, den Contract abzulehnen, und dann die Leistung des Transports unmöglich zu machen. Entweder habe daher der Polizeirichter den §. 9 falsch interpretirt, indem er ihn nicht für den vorliegenden Fall anwandte, oder er habe die allgemein gehaltene Verordnung vom 16. August 1757 verletzt.

Auch die andere Ansicht des Polizeirichters, daß die Vorspannleistung durch ein Aufgebot des Kreis-Directors bedingt werde, sei unrichtig. Wolle man auch dieser nicht mehr bestehenden Behörde das jetzige Landrathsamt substituiren, so enthalte doch die Gouvernements-Verordnung auch andere administrative Einrichtungen, die außer Anwendung gekommen seien, z. B.

die Anstellung von Post-Commissaren, auf deren Anzeige der Kreis-Director die Anweisung ertheilen solle. Man habe daher auf die gegenwärtige Militair- und Civil-Einrichtung zu sehen, und hiernach, nämlich nach §. 58 der Gemeinde-Ordnung vom 11. März 1850, besorge der Bürgermeister alle örtlichen Geschäfte der Kreis-Provinzial- und allgemeinen Staats-Verwaltung, sofern nicht andere Behörden dazu bestimmt seien. Dieses finde hier um so mehr Anwendung, da das Einquartirungs- und Vorspanns-Wesen Sache der Ortsbehörde sei, und die Anordnungen des Landrathes oft gar nicht abgewartet werden könnten.

Urtheil:

J. E., daß es hier allein auf die Vorschriften der bergischen Gouvernements-Verordnung vom 1. April 1814 ankommt, da dieselbe ganz allgemein das Vorspanns- und Einquartirungs-Wesen regulirt, mithin die älteren Gesetze, namentlich die bergische Verordnung vom 16. August 1757 aufgehoben sind, das Edict vom 28. Oktober 1810 dagegen für Hennef nicht publicirt ist;

Daß nun die Bedingungen der §§. 5 und 7 der Gouvernements-Verordnung, wie der Polizeirichter richtig ausführt, hier nicht vorhanden sind, da nach denselben der Vorspann hauptsächlich durch Unternehmer geleistet werden soll, und nur subsidiarisch der Landmann verpflichtet ist, in diesem Falle aber, wie ausdrücklich die Bestimmung lautet, die Anweisung von dem Kreis-Director (jetzt Landrath) ausgehen muß;

Daß bei dieser klaren Bezeichnung der Behörde die Anordnung eines anderen untergebenen Beamten (des Bürgermeisters) zur Anwendung einer Strafbestimmung nicht genügen kann, auch die neue Gemeinde-Ordnung vom 11. März 185[illegible] keine Vorschrift enthält, welche die Stellung des Bürgermeisters in diesem Theil der Verwaltung, sei es im Allgemeinen, sei es für den Fragefall, abändernd von der früheren bestimmt hat;

Daß demnach von dem Polizeirichter die angeführten Gesetze nicht verletzt worden sind;

Aus diesen Gründen

verwirft der Kgl. Revisions- und Cassationshof den Rekurs gegen das Urtheil des Kgl. Polizeigerichtes zu Hennef vom 6. August d. J. als unbegründet.

Sitzung vom 14. Dezember 1852.

Ref.: H. G. O. R. R. Frech. — Concl.: H. G. P. Jaehnigen.

Feuergefährliches Tabakrauchen. — Polizeiverordnung. — Allgemeines Strafgesetzbuch.

Das Strafgesetzbuch verpönt das Tabakrauchen in Scheunen nur, insofern es feuergefährlich ist, und derogirt daher den früheren Polizeiverordnungen, welche jedes Tabakrauchen in Scheunen verboten.

Oeffentl. Ministerium — Conrad.

In demselben Sinne, wie in dem im Arch. 46. 2. 103. mitgetheilten Falle, hat der Rhein. Revisions- und Cassationshof auch in der oben rubricirten Sache, wo es sich von dem Fortbestehen einer Verordnung der Kgl. Regierung zu Trier vom 2. Juni 1837 handelte, entschieden durch folgendes

Urtheil:

I. E., daß der §. 347 Nro. 6 des Str. G. B. das Betreten der Scheunen mit verwahrtem Feuer als erlaubt ansieht;

Daß die faktische Frage, ob das Feuer genügend verwahrt gewesen, im einzelnen Fall durch den Instanzrichter festzustellen ist und der Prüfung der hiesigen Stelle nicht unterliegt;

Daß das angegriffene Urtheil das Feuer in der gedeckten Pfeife des Beschuldigten als wohl verwahrt angenommen und mithin den §. 347 nicht verletzt hat;

Daß endlich der §. 29 der Feuerordnung vom 2. Juni 1837, welcher das Tabakrauchen in den Scheunen unbedingt verbietet, in dieser Beziehung durch das neue Strafgesetzbuch seine Geltung verloren hat, indem nach Art. 2 des Einführungsgesetzes vom 14. April 1851 alle Strafbestimmungen außer Wirksamkeit gesetzt sind, die Materien betreffen, auf welche sich das neue Strafgesetzbuch bezieht, dieses aber ein bedingtes Tabakrauchen in Scheunen gestattet.

Aus diesen Gründen

verwirft der Kgl. Revisions- und Cassationshof den Recurs gegen das Urtheil des Kgl. Polizeigerichts des Stadtkreises Trier vom 28. Okt. 1852.

Sitzung vom 22. Dezember 1852.

Ref.: H. G. O. R. R. Hermes. — Concl.: H. G. P. Jaehnigen.

Fälschung. — Urkunde. — Certificat.

Die Bescheinigung, welche ein Meister seinem frühern Gesellen darüber ausstellt, daß derselbe bei ihm gearbeitet habe und ihm noch eine bestimmte Summe verschulde, bildet weder eine Urkunde im Sinne des Art. 147, 150 und 162 Code pénal, noch ein Certificat im Sinne des Gesetzes vom 22. Germinal J. XI.

Eine an einer solchen Bescheinigung unter der Herrschaft der genannten Gesetze verübte Fälschung ist daher nicht strafbar.

Oeffentl. Ministerium — Schmitz.

Der Sammetarbeiter Conrad Schmitz, 25 Jahre alt, geboren und wohnend zu Breyell, im Jahre 1849 wegen Zolldefraudation mit vier Monaten Gefängniß bestraft, suchte im Juni 1850 bei dem Seidenwirker Johann Peter Siemens zu Dülken Arbeit nach, und legte demselben einen Schein mit der Unterschrift seines früheren Meisters Peter Strick zu Brüggen vor, des Inhalts:

„der Geselle Conrad Schmitz hat bei mir gearbeitet und schuldet mir zwei Thlr. Dies bescheinige ich Meister

Brüggen den 20. Juni 1850. Peter Strick."

Der Seidenwirker Siemens nahm den Schmitz als Arbeiter an, und gab ihm auf sein Verlangen zwei Thaler, um den früheren Meister zu befriedigen. Am bestimmten Tage trat Schmitz jedoch nicht in Arbeit,

weshalb Siemens, welcher erfahren, daß Peter Strick jenen Schein gar nicht ausgestellt habe, eine Untersuchung veranlaßte, in welcher ermittelt wurde, daß Schmitz den Schein durch ein zwölfjähriges Mädchen, Margaretha Terspecken habe schreiben lassen. — Durch Urtheil des Kgl. Appellationsgerichtshofes zu Köln vom 24. August 1850 wurde gegen Conrad Schmitz die Anklage dahin erkannt: „daß er von einer Privatschrift d. d. Brüggen den 20. Juni 1850, welche mit der falschen Unterschrift „Peter Strick" versehen war, wissend, daß sie falsch war, und in betrügerischer Absicht Gebrauch gemacht habe" — und derselbe vor den Assisenhof zu Cleve verwiesen.

Wegen Entfernung des Angeklagten aus seiner Heimath konnte dem Verweisungsurtheil längere Zeit nicht Folge gegeben werden, bis derselbe im Monate Oktober 1852 wieder verhaftet wurde.

In der Sitzung des Assisenhofes zu Cleve vom 27. Oktober c. erklärten die Geschwornen auf die Frage:

> „Ist der Angeklagte schuldig, im Juni 1850 von einer Schrift folgenden Inhalts: „der Geselle Conrad Schmitz hat bei mir gearbeitet und schuldet mir zwei Thaler. Dieses bescheinige ich Meister Peter Strick. Brüggen den 20. Juni 1850," wissend, daß diese Schrift von Peter Strick nicht herrührte, und von demselben nicht unterschrieben war, in betrügerischer Absicht Gebrauch gemacht zu haben?"

Antwort mit absoluter Stimmenmehrheit:

> „Ja der Angeklagte ist mit allen in der Frage enthaltenen Umständen schuldig."

Das öffentl. Ministerium nahm hierauf den Antrag, den Angeklagten auf Grund der Art. 150, 151, 162 des Rhein. Strafgesetzbuchs, des Art. 4 des Einführungsgesetzes zum neuen Strafgesetzbuch und der §§. 247, 249, 250, 11 und 30 dieses Strafgesetzbuches zu einer Zuchthausstrafe von zwei Jahren, einer Geldbuße von 50 Thlrn., eventuell zu einer ferneren Zuchthausstrafe von sechs Wochen, sowie in die Kosten zu verurtheilen.

Der Vertheidiger trug dagegen auf Freisprechung des Angeklagten an, weil die fragliche Schrift keine Urkunde in gesetzlichem Sinne darstelle, überhaupt für Rechte oder Rechtsverhältnisse ohne Erheblichkeit sei, mithin die Thathandlung, welcher der Angeklagte für schuldig erkannt worden, nicht strafbar erscheine. Der Kgl. Assisenhof ist in dem Urtheile vom 27. Oktober c. der letzteren Ansicht beigetreten, und hat in Erwägung, daß die dem Angeklagten zur Last gelegte Thathandlung nach den zur Geltung kommenden Gesetzen weder ein Verbrechen, noch ein Vergehen darstelle, denselben von der Anklage losgesprochen.

Von dem Kgl. Ober-Prokurator wurde am nämlichen Tage der Cassationsrecurs angemeldet, und dem Angeklagten im Arresthause hiervon Kenntniß durch Vorlesung des Anmeldungsaktes von Seiten des Ober-secretärs gegeben. Der Cassationskläger gründet den Recurs auf Verletzung der oben in seinem Antrage angeführten Gesetze, und bemerkt weiter, die fragliche falsche Schrift stelle

I. ein Certificat im Sinne des Art. 162 des Rhein. Strafgesetzbuchs dar, denn nach Art. 12 des Gesetzes vom 22. Germinal XI. relative aux manufactures, fabriques et ateliers dürfe bei Strafe des Scha-

denkersatzes kein Geselle ohne Vorzeigung eines ihm von seinem früheren Meister ertheilten Losscheines in Arbeit genommen werden, jene Scriptur solle aber nach ihrem Inhalt als Losschein gelten, und dieser werde im Gesetz ausdrücklich als Certificat bezeichnet. Solche Losscheine seien auch von anderer Natur, als die im Art. 161 erwähnten Zeugnisse zum besseren Fortkommen, welche von öffentlichen Behörden ausgestellt würden, und könnte auch durch sie eine lésion envers des tiers Statt finden, da sie die Aufhebung des früheren Dienstverhältnisses nachweisen sollten, mithin sowohl von dem Gesellen, als auch von dem neuen Meister behufs jenes Beweises dem alten Meister entgegengehalten werden könnten. Ebenso sei der §. 247 des neuen Strafgesetzbuchs anwendbar gewesen, nach welchem der Thatbestand der Fälschung bei jeder Schrift vorliege, welche wie ausgeführt, zum Beweise von Rechten oder Rechtsverhältnissen von Erheblichkeit sei.

II. Die Schrift enthalte ferner eine *décharge* im Sinne des Art. 147 des Rhein. Strafgesetzbuches, resp. eine Befreiung nach §. 247 des neuen Strafgesetzbuches, da darin gesagt werde, daß der Geselle Schmitz bei dem Aussteller, welcher sich als Meister qualificire, gearbeitet habe und ihm noch zwei Thaler schulde, — mithin hieraus zu folgern sei, daß der Geselle aus dem bisherigen Dienstverhältnisse entlassen worden, und dem Meister nichts mehr als diese Summe verschulde.

Ebenso enthalte

III. die Schrift die Begründung einer Verbindlichkeit, wenn man erwäge, daß der Art. 12 des Gesetzes vom 22. Germinal XI. den neuen Meister durch die Annahme des Gesellen verpflichte, den alten Meister für dasjenige zu entschädigen, was ihm der Letztere verschulde, und daß die vorliegende Scriptur gerade zu dem Zwecke verfaßt worden, einem neuen Meister übergeben zu werden, und diesen von der Forderung des alten Meisters an den Angeklagten in Kenntniß zu setzen. Demgemäß trägt der Cassationskläger an, das Urtheil des Assisenhofes zu cassiren und gegen den Angeklagten die Strafe nach dem früheren Antrage auszusprechen.

Urtheil:

I. E., daß zwar der Cassationsverklagte nach der Erklärung der Geschwornen im Jahre 1850 von dem falschen Schein d. d. Bruggen den 20. Juni 1850 in betrügerischer Absicht Gebrauch gemacht hat;

Daß aber dieser Schein des Inhalts:

„der Geselle Conrad Schmitz hat bei mir gearbeitet und schuldet mir zwei Thaler. Dieses bescheinige ich Meister, Peter Strick."

keine Urkunde im Sinne der Art. 147, 150 und 162 des Rhein. Strafgesetzbuchs darstellt, mithin der Fall einer strafbaren Fälschung nach diesen Bestimmungen nicht vorliegt;

Daß dieser Schein auch nicht als ein Certificat nach Vorschrift des Art. 12 des Gesetzes vom 22. Germinal XI. zu betrachten ist, da ihm gänzlich die Form mangelt, welche das arrêté vom 9. Frimaire XII. für die Arbeitsbücher (livrets) vorschreibt.

Aus diesen Gründen

verwirft der Kgl. Revisions- und Cassationshof den Recurs gegen das Urtheil des Kgl. Assisenhofes zu Cleve vom 27. Oktober d. J. als unbegründet.

Sitzung vom 14. Dezember 1852.

Ref.: H. G. O. R. R. Frech — Concl.: H. G. P. Zschnigen.

Vermittelung von Geschäften. — Uebernahme von Aufträgen. — Bestellung einer Zeitung gegen Lohn.

Das bloß mechanische Bestellen einer Zeitung gegen Empfang einer Geldbelohnung erscheint weder als eine Vermittelung von Geschäften, noch als eine Uebernahme von Aufträgen, vielmehr nur als Lohnarbeit.

Gewerbe-Ordnung v. 17. Januar 1845. §. 49.

Oeffentl. Ministerium — Schulz.

Auf den schriftlichen Antrag des General-Prokurators bei dem Kgl. Revisions- und Cassationshofe hierselbst folgenden Inhalts:

„In Gemäßheit des Art. 441 der Cr. P. O. und des beiliegenden Auftrages des Herrn Justiz-Ministers, bringt der unterzeichnete General-Prokurator ein Urtheil der correctionellen Appellationskammer des Landgerichts zu Aachen vom 6. November v. J., erlassen in der Untersuchungssache wider den Eisenbahnboten Jakob Schulz, zur Kenntniß des Kgl. Revisions- und Cassationshofes, behufs Cassation desselben im Interesse des Gesetzes, wegen Verletzung des §. 49 der Gewerbeordnung vom 17. Januar 1845."

„In dem in der erwähnten Sache erlassenen Urtheile erster Instanz, dessen faktische Feststellung dem angefochtenen Urtheile zweiter Instanz zum Grunde liegt, ist auf Grund des Geständnisses des Beschuldigten, als feststehend angenommen, daß derselbe, nachdem der Trierischen Zeitung der Postdebit durch Ministerial-Verfügung entzogen war, sich mit Einziehung von Abonnementsgeldern auf dieselbe und mit Vertheilung der bestellten Exemplare an die Abonnenten in der Stadt Aachen und deren Umgegend befaßt habe. Von der ihm deshalb gemachten Beschuldigung:

> „seit Anfang v. J. aus der Vermittelung von Geschäften und der Uebernahme von Aufträgen ein Gewerbe gemacht zu haben, ohne daß ihm die hierzu erforderliche Erlaubniß ertheilt worden,"

ist der Beschuldigte in beiden Instanzen freigesprochen, und zwar in dem angefochtenen Urtheile, welches das Freisprechungsmotiv erster Instanz, nach welchem ein *Gewerbsbetrieb* nicht stattgefunden, mißbilligt, deßhalb, weil der §. 49 der Gewerbeordnung, auf welchem die Anschuldigung beruhet, indem derselbe der Vermittelung von Geschäften oder der Uebernahme von Aufträgen, namentlich der Abfassung schriftlicher Aufsätze für andere, als ein Gewerbe, zu welchem polizeiliche Erlaubniß erforderlich sei, erwähne, nach seiner Fassung *nur eine geistige Thätigkeit unterstelle, wozu die mechanischen Verrichtungen der Bestellung einer Zeitung gegen Entgelt nicht gezählt werden könnten.* Dieser Grund ist dem angeführten §. 49 zuwider. Indem dieser Paragraph nämlich die Erwirkung einer vorgängigen polizeilichen Erlaubniß unter andern auferlegt:"

> „denjenigen, welche aus der Vermittelung von Geschäften, oder der Uebernahme von Aufträgen, namentlich aus der Abfassung schriftlicher Aufsätze für andere ein Gewerbe machen,"

hat er, wie dies die Worte: „Uebernahme von *Aufträgen* und *Abfassung schriftlicher Aufsätze*" selbst andeuten, zwar wohl hinsicht-

lich dieser Gegenstände wesentlich eine geistige Thätigkeit im Auge. Allein rücksichtlich der daneben erwähnten „Vermittelung von Geschäften" fehlt es an einer diesfälligen Andeutung. Eine solche Vermittelung kann an sich in wesentlich geistiger, sie kann aber ebensowohl in wesentlich mechanischer Thätigkeit bestehen und da das Gesetz zwischen den verschiedenen Arten von Geschäften, deren Vermittelung zum selbstständigen Gewerbe, wie der §. 5 voraussetzt, gemacht wird, ebensowenig unterscheidet, als zwischen den verschiedenen Arten der Vermittelung selbst, so sind darin jene beiden Arten der Thätigkeit als inbegriffen anzusehen. Das selbstständige Gewerbe der Vermittelung von Geschäften an sich, welches erfahrungsmäßig zu Täuschungen und Bevortheilungen aller Art vielfach gemißbraucht zu werden pflegt, wenn es von Personen betrieben wird, deren Zuverlässigkeit nicht feststeht, sollte, zur möglichsten Verhütung solchen Mißbrauchs, nur von unbescholtenen und zuverlässigen Personen künftig betrieben werden können; darauf beruhet die angeführte Bestimmung des §. 49. Dieser Grund paßt aber ebensowohl da, wo die Vermittelung hauptsächlich in mechanischen Verrichtungen besteht, als wo sie hauptsächlich eine geistige Thätigkeit erfordert, und deßhalb konnte das Gesetz den Unterschied nicht wollen, den das angefochtene Urtheil hineingetragen hat.

Die Bestellung einer Zeitung gegen Entgelt und die damit verbundene Vertheilung der bestellten und eingehenden Exemplare nebst Empfangnahme des Abonnements ist nichts anderes, als eine Vermittelung von Kaufgeschäften zwischen dem Verkäufer der Zeitung und den Käufern, und wer sie, wie das angefochtene Urtheil rücksichtlich des Cassationsverklagten feststellt, gewerbmäßig treibt, muß mithin die polizeiliche Genehmigung um so gewisser erlangen, als diese Vermittelung selbstredend ohne geistige Thätigkeit nicht möglich ist.

Das angefochtene Urtheil daher, indem es den Cassationsverklagten aus dem oben bezeichneten Grunde freisprach, obwohl alle Thatsachen feststanden, welche ihn nach der angeführten Stelle des §. 49 in Verbindung mit §. 177 der Gewerbeordnung vom 17. Januar 1845 strafbar machten, hat jene Gesetzesstelle unrichtig angewendet und verletzt. Deshalb trage ich im Auftrage des Herrn Justiz-Ministers dahin an:

> „das Urtheil der correctionellen Appellationskammer des Landgerichts zu Aachen in der Untersuchungssache wider den Eisenbahnboten Schulz vom 6. November v. J. — jedoch nur im Interesse des Gesetzes — zu cassiren und die Beischreibung des zu erlassenden Urtheils am Rande des zu cassirenden zu verordnen."

Ausfertigung des angefochtenen Urtheils nebst den Untersuchungsakten und sämmtlichen Anlagen der Verfügung des Herrn Justiz-Ministers füge ich bei.

Berlin den 25. Oktober 1852. Der General-Prokurator
gez. Jaehnigen.

Urtheil:

J. E., daß das angegriffene Urtheil nur ausspricht: der §. 49 der allgemeinen Gewerbeordnung setze eine geistige Thätigkeit voraus, zu welcher die mechanischen Verrichtungen der Bestellung einer Zeitung gegen Entgelt nicht gerechnet werden könnten;

Daß hier der Sinn des Ausdrucks „geistige Thätigkeit" nach dem Gegensatze: „blos mechanische Bestellung" zu beurtheilen ist;

Daß also die Fassung des Erwägungsgrundes eine unrichtige Deutung des §. 49 des angeführten Gesetzes nicht enthält, weil das blos mechanische Bestellen einer Zeitung gegen Empfang einer Geldbelohnung weder als Vermittelung von Geschäften, noch als Uebernahme von Aufträgen aufgefaßt werden kann, vielmehr nur als Lohnarbeit erscheint;

Daß aber die Frage, ob in dem vorliegenden Falle der aufgestellte Grundsatz richtig angewendet sei, oder ob in den erwiesenen Thatsachen mehr als ein bloß mechanisches Bestellen für einen Geldlohn habe gefunden werden müssen, der Beurtheilung in dem Cassationswege nicht unterliegt, da das angegriffene Urtheil nicht speciell die Thatsachen festgestellt hat, auf welche die Annahme einer blos mechanischen Bestellung gegründet worden ist und die etwaige Herleitung der Entscheidung aus mangelhafter Feststellung des Sachverhältnisses um so weniger einen Grund der Vernichtung darbietet, als der Cassations-Recurs nur in dem Interesse des Gesetzes eingelegt ist, mithin weitere Erörterungen zu dem Zwecke der Entscheidung in der Hauptsache ausschließt.

Aus diesen Gründen

verwirft der Kgl. Revisions- und Cassationshof den von dem öffentlichen Ministerium gegen das Urtheil der correctionellen Appellationskammer des Kgl. Landgerichts zu Aachen vom 6. November 1851 im Interesse des Gesetzes eingelegten Cassations-Recurs.

Sitzung vom 14. Dezember 1852.

Ref.: H. G. O. R. R. Schnaase. — Concl.: H. G. P. Jaehnigen.

Collecten. — Kirchenvorstand.

Nach der Regierungs-Verordnung vom 31. Januar 1828 kann ein Kirchenvorstand nur für solche Collecten die Genehmigung ertheilen, welche für den Kirchen-Haushalt oder die Kirchenbedürfnisse bei den Mitgliedern der betreffenden Gemeinde verfassungsmäßig oder höherer Bestimmung gemäß abgehalten werden.

In der desfallsigen Ermächtigung muß, wenn sie sich als eine gesetzliche qualifiziren soll, ausgedrückt sein, daß die Collecte verfassungsmäßig oder höherer Bestimmung gemäß eine Collecte für den Kirchen-Haushalt oder die Kirchenbedürfnisse sei.

Oeffentl. Ministerium — van Gülick u. Cons.

Die Gemeinden Hau und Materborn bilden eine besondere Civilgemeinde, deren katholische Einwohner zur Pfarrgemeinde Cleve gehören. Am 15. März d. J. präsentirte der Küster van Gülick aus Cleve dem Bürgermeister zu Hau den nachfolgenden Collecten-Erlaubnißschein:

„der unterzeichnete Kirchenvorstand der katholischen Gemeinde von Cleve ermächtigt hierdurch den Küster und die Chorsänger der katholischen Pfarrkirche die seit Jahren übliche Collecte von Lebensmitteln in der Woche vom 15. bis 20. März a. c. auf dem Hau und Materborn abzuhalten;"

dessen Visa der Bürgermeister verweigerte, weil er die Collecte nicht für rechtmäßig hielt, indem die Collectanten die gesammelten Lebensmittel unter sich vertheilten resp. bei einem Gelage verzehrten, hierin aber keine Collecte für den kirchlichen Haushalt oder Bedarf, sondern nur ein Unfug zur Plage der Einwohner erblickt werden könne. Die Collecte wurde nichts destoweniger abgehalten, die gesammelten neun Würste durch den Bürgermeister in Beschlag genommen und hiernächst der genannte van Gülick nebst drei angeblichen Chorsängern Laurenz Büning, Anstreicher, Wilhelm Kühne, Musikus, und Karl Kühne, Drechsler, sämmtlich aus Cleve, vor das Polizeigericht zu Cleve gestellt, unter der Beschuldigung:

am 15. März d. J. in der Gemeinde Hau unbefugt und ohne Authorisation collectirt zu haben.

Die Beschuldigten räumten das Collectiren ein und beriefen sich auf die dazu erhaltene Authorisation des Kirchenvorstandes, welche sie dem Bürgermeister, der aber das Visa verweigert habe, vorgezeigt hätten. Der Polizeirichter sprach sie frei, indem er erwog:

Daß die Regierungs-Verordnung vom 31. Januar 1828 der einzige Erlaß ist, welcher in Betreff der den Beschuldigten zur Last gelegten Handlung zur Anwendung kommen kann;

Daß nun diese Verordnung nach ihrer Fassung einen Unterschied zwischen Collecten macht, welche auf den Grund der Erlaubniß höherer Behörden, und welche von Vorstehern oder Mitgliedern kirchlicher Gemeinden abgehalten werden, die für den Haushalt oder die Kirchenbedürfnisse bei den Mitgliedern dieser Gemeinden verfassungsmäßig oder höheren Bestimmungen gemäß, freiwillige Beiträge einsammeln wollen;

Daß die Beschuldigten eine Collecte der letzteren Kathegorie bewirkt haben;

Daß sie hierbei mit einer, den Vorschriften des §. 4 der Verordnung vom 31. Januar 1828 entsprechenden Ermächtigung des Vorstandes der hiesigen katholischen Pfarrkirche versehen gewesen sind, und daß sie unter Vorzeigung derselben bei der Ortsbehörde, dem Bürgermeister von Materborn, Anzeige von ihrem Vorhaben gemacht haben;

Daß der §. 4 zwar ferner noch verordnet, daß die Ortsbehörde demnächst die Anzeige, mit ihrem Visa versehen, den Collectanten zurückgeben solle, und daß der §. 6 sodann bestimmt, daß, wer ohne dieses Visa erhalten zu haben in einer andern Gemeinde eine Sammlung fortsetzt, die auf das unbefugte Collectiren gesetzte Strafe verwirkt habe;

Daß indeß der §. 6 nicht von Collecten handelt, welche verfassungsmäßig nach §. 4 den Gemeinden zustehen, sondern von solchen, welche von einer höheren Behörde authorisirt worden;

Daß nun aber eines Theils, wie schon erwähnt, eine solche Collecte nicht vorliegt, andern Theils aber auch die katholischen Einwohner von Hau und Materborn notorisch zur hiesigen Pfarrgemeinde gehören, also außerhalb der Pfarrgemeinde sich die Collecte nicht verbreitet hat, deren Rechtmäßigkeit überhaupt ebensowenig durch das verweigerte Visa sub-

alterner Polizeibehörden, als durch Entscheidung der Polizeigerichte in Frage gezogen werden kann, sondern lediglich im höheren Verwaltungswege festzustellen ist;

Daß demnach gegen die Beschuldigten, indem sie überall den Bestimmungen der Verordnung vom 31. Januar 1828 ein Genüge geleistet haben, keine Contravention vorliegt, daher nach Art. 159 der Cr. P.O zu entscheiden und nach Art. 162 ibid. den öffentlichen Fonds die Kosten des Verfahrens zur Last zu legen sind ꝛc.

Gegen diese Entscheidung vom 21. April 1852 hat das öffentl. Ministerium den Cassations-Recurs am 24. April ergriffen und nach erfolgter Zustellung an die Cassationsverklagten in einer Denkschrift des Kgl. Ober-Prokurators zu Cleve zur Rechtfertigung angeführt:

Das Polizeigericht hat die Beschuldigten freigesprochen, weil nach §. 4 resp. 6 der bezogenen Polizei-Verordnung 1) die Ermächtigung des Kirchenvorstandes für die Collectanten genüge, und weder den Polizeibehörden noch den Gerichten das Recht zustehe, die Befugniß des Kirchenvorstandes zu der in Frage stehenden Ermächtigung einer Prüfung zu unterwerfen; 2) weil bei der von einem Kirchenvorstande ertheilten Ermächtigung deren Anzeige an die Ortsbehörde genüge und es deren Visa nicht bedürfe.

Die Polizeiverordnung vom 31. Januar 1828 bezweckt die Regulirung des ganzen Collectenwesens und danach nicht ausdrücklich erlaubte Collecten müssen als verboten angesehen werden. Die Verordnung unterscheidet zwischen Collecten überhaupt und Collecten zu kirchlichen Zwecken bei den Mitgliedern der betreffenden Gemeinde, oder endlich Collecten, welche Vorsteher von Privatinstituten abhalten (cf. Nro. 1, 4 und 5). In allen Fällen sollen die Collectanten von der beabsichtigten Collecte vorab bei der Ortsbehörde Anzeige machen und sich in den beiden ersten Fällen über ihre Befugniß zur Collecte sofort ausweisen können, im ersten Falle durch eine amtliche Bescheinigung über die Authorisation der höheren Behörde, im zweiten durch eine Anweisung oder Ermächtigung des Kirchen- oder Gemeindevorstandes. In den Fällen einer Ermächtigung durch den Kirchenvorstand oder des Abhaltens einer Collecte durch Vorsteher von Privatinstituten möchte die Anzeige an die Ortsbehörde formell genügen und eine Verweigerung des dieser obliegenden Visa keine Strafbarkeit für den Collectanten begründen; wenigstens spricht Nro. 6 der Verordnung ihrem Wortsinne nach eine Strafbarkeit vor wirklichem Empfang des Visa nur gegen diejenigen Collectanten aus, welche einer Authorisation der höheren Behörde bedürfen. Mit dem oben erwähnten zweiten Entscheidungsgrunde des Polizeirichters bin ich daher einverstanden.

Erheblichen Bedenken unterliegt dahingegen der erste Entscheidungsgrund. Es konnte nicht füglich die Absicht der Kgl. Regierung sein, es lediglich in das Ermessen der Kirchen und Gemeindevorstände, sowie der hier gleichgestellten Vorsteher von Privatinstituten zu stellen, welche Collecten sie abhalten wollten. Sie hat dies auch nicht gethan, sondern solche vielmehr in Nro. 4 auf die für den Haushalt oder die Kirchenbedürfnisse verfassungsmäßig einzusammelnden milden Beiträge beschränkt und in Nro. 7 alle anderen „Sammlungen unter dem Vorwande von Kirchenbedürfnissen von Kerzen, Ausschmückung der Kirchen, Wallfahrtszüge u. s. w." ausdrücklich verboten.

Der Staatsregierung muß die Befugniß zustehen, die Zulässigkeit der

Collecte in jedem einzelnen Falle zu prüfen und für den Fall nachgewiesener Unzulässigkeit kann, namentlich bei der Unabhängigkeit der Kirchenbehörden, nur gegen den dann unbefugten Collectanten eingeschritten, und derselbe ungeachtet der formellen Legitimation, zur Strafe gezogen werden. Die Ortspolizeibehörde hat jene Zulässigkeit bestritten und der Polizeirichter durfte sich nicht auf die formelle Prüfung des Legitimationsscheines beschränken, obgleich auch in dieser Hinsicht seine Entscheidung dem Bedenken unterliegt, ob die ertheilte Ermächtigung den Erfordernissen der Polizeiverordnung entspricht.

Der Kirchenvorstand ermächtigt den Küster und die Chorsänger zur Abhaltung der seit Jahren üblichen Collecte von Lebensmitteln. Die Polizeiverordnung gestattet nur verfassungsmäßige Sammlungen für den Haushalt oder die Kirchenbedürfnisse. Ich glaube, daß dieser Zweck in der Authorisation formell ausgedrückt werden mußte und daß dies absichtlich nicht geschehen, weil die zu collectirenden Lebensmittel nicht für die Kirchenfabrik, sondern für die Collectanten selbst und möglicherweise nur sehr indirect im Interesse der Kirchenfabrik gesammelt werden sollten. Auf den unbestimmten Ausdruck „verfassungsmäßig" möchte weniger Gewicht zu legen sein. Jedenfalls durfte der Polizeirichter nicht völlig freisprechen, wenn die Zulässigkeit der Collecte materiell bestritten wurde. Selbst wenn es richtig wäre, daß die Frage, ob jene Collecte zu den von der Regierung erlaubten gehöre, aus dem Grunde nicht zur richterlichen Entscheidung geeignet sei, weil die Befugniß zum Einsammeln freiwilliger Gaben nicht als ein Rechtsanspruch, sondern als Polizeiverwaltungssache zu behandeln ist, so würde doch keine Freisprechung, sondern nur eine Vertagung der Sache bis zur Entscheidung der Verwaltungsbehörde über die streitige Vorfrage haben Statt finden müssen.

Die Cassationsverklagten haben nicht geantwortet.

Urtheil:

J. E., daß nach Nro. 4 der Regierungsverordnung vom 31. Januar 1828 Vorsteher oder Mitglieder kirchlicher Gemeinden, welche für den Haushalt oder die Kirchenbedürfnisse bei den Mitgliedern dieser Gemeinden verfassungsmäßig oder höherer Bestimmungen gemäß freiwillige Beiträge sammeln wollen, mit einer desfallsigen Ermächtigung des Kirchen- oder Gemeinde-Vorstandes versehen sein müssen;

Daß, wenn die ertheilte Ermächtigung diesen Vorschriften nicht entspricht, mithin die Collectanten formell zur Collecte nicht legitimirt erscheinen, die gesetzliche Strafe für unbefugtes Collectiren ohne Weiteres ausgesprochen werden muß;

Daß die vorliegende Ermächtigung nicht ausdrückt, daß die Collecte verfassungsmäßig oder höherer Bestimmung zu Folge eine Collecte für den Kirchen-Haushalt oder die Kirchenbedürfnisse sei, der Polizeirichter daher dieselbe unrichtig als eine gesetzliche Ermächtigung qualificirt und folglich die Verordnung vom 31. Januar 1828 Nro. 4 unrichtig angewendet hat.

Aus diesen Gründen

vernichtet der Kgl. Revisions- und Cassationshof das Urtheil des Kgl. Polizeigerichts zu Cleve vom 21. April d. J., verordnet die Beischreibung dieses Urtheils am Rande des vernichteten und legt den Cassationsverklagten die Kosten zur Last.

Und, indem er in der Sache selbst erkennt:

J. E., daß die Beschuldigten mit Rücksicht auf die vorstehenden Motive als unbefugte Collectanten anzusehen sind, und daher die Strafe des §. 335 des Str. G. B. verwirkt haben, da die Nro. 4 der Verordnung vom 31. Januar 1828, keine Strafe ausgesprochen hat.

Aus diesen Gründen

und nach Einsicht der Verordnung vom 31. Januar 1828 Nro. 4 des §. 335 des Str. G. B. und des Art. 27 §. 1 des Einführungsgesetzes zum neuen Strafgesetzbuche vom 14. April 1851 — verurtheilt der Kgl. Revisions- und Cassationshof die Beschuldigten wegen unbefugten Collectirens und zwar einen Jeden derselben in eine Geldbuße von einem Thaler, eventualiter Gefängnißstrafe von einem Tag und solidarisch in die Kosten.

Sitzung vom 14. September 1852.

Ref.: H. G. O. R. R. Hermes. — Concl.: H. G. P. Jaehnigen.

Verbotener Handelsverkehr. — Verkauf von Arzneiwaaren.

Ein verbotener Handelsverkehr, z. B. mit Arzneiwaaren, ist schon dann vorhanden, wenn der Gewerbtreibende in seinem Geschäfte, welches im Detail-Verkauf besteht, solche Waaren feil hat. — Es kommt nicht darauf an, ob er dieselben auch wirklich en détail verkauft hat.

Oeffentl. Ministerium — Hospelt.

Der Kaufmann Wilhelm Anton Hospelt zu Köln wurde vor das Polizeigericht daselbst geladen, weil er dem Reglement vom 16. September 1836 zuwider, Arzneiwaaren verkauft und damit Handelsverkehr getrieben habe; als solche sind in dem Revisionsprotokolle des Kreisphysikus Canetta vom 8. Mai 1852 bezeichnet: radix altheae, liquiritiae, calami aromatus, semen cinae, tartarus deparatus, herb. absynthii, radicis aris, radicis imperatoriae, tartarus stibiati, animonium muriaticum Kali nitricum, coculi indici, flores chamomillae romanae, poma aurentiorum und Hospelt erklärte in Bezug auf diese Gegenstände: er müsse als Materialist die betreffenden Waaren führen, indem er nicht en détail, sondern en gros verkaufe, und was den tartarus deparatus betreffe, so wäre dieser nur gestoßener Weinstein; die vorgenommene Visitation sei nicht vorschriftsmäßig geschehen. Der Polizeirichter erwog:

„Daß das Reglement vom 16. September 1836 „den Debit der Arzneiwaaren betreffend," den Gewerbtreibenden, die nicht Apotheker sind, den Verkauf und Handelsverkehr mit gewissen Waaren ganz untersagt, ihnen solchen aber hinsichtlich anderer Waaren nur unter Bedingungen gestattet;"

Daß die Protokollarverhandlung des Stadtphysikus Dr. Canetta zwar keinen Zweifel darüber zuläßt, daß der Beschuldigte verschiedene, jener in dem dem Reglement beigefügten Verzeichnisse angegebenen Waaren in seinem Geschäftslokale vorhanden hatte;

Daß aber die Thatsache eines stattgehabten Verkaufs nicht einmal be-

hauptet worden ist, noch der Polizei-Anwalt sich erboten hat, irgend einen strafbaren Fall der Art näher nachzuweisen;

Daß demnach unter den in jener Verhandlung beschriebenen Umständen den Beschuldigten höchstens der Verdacht treffen kann, er habe einen verbotwidrigen Verkauf versucht, nach §. 336 des Str. G. B. jedoch der Versuch einer Uebertretung straflos sein soll.

Aus diesen Gründen

erkennt das Kgl. Polizeigericht in letzter Instanz für Recht und spricht den Beschuldigten von Strafe und Kosten frei.

Gegen dieses am 23. Juni 1852 erlassene Urtheil hat das öffentliche Ministerium rechtzeitig den Cassations-Recurs ergriffen und der Ober-Prokurator führt aus: die Beschuldigung sei auf Verkauf und Handelsverkehr mit Arzneiwaaren, dem Reglement vom 16. September 1836 zuwider, gerichtet gewesen; thatsächlich stehe fest, daß Präparate und pulverisirte Stoffe, mit denen nach dem Reglement nur Apotheker handeln dürfen, bei dem Cassationsverklagten vorgefunden worden, der Handelsverkehr mit denselben sei nicht in Abrede gestellt; wenn der Polizeirichter in diesem Thatbestande nur einen straflosen Versuch finde, so verletze er das Reglement §. 1 und 2, indem dasselbe Verkauf und Handelsverkehr auf gleiche Linie stelle und in gleicher Weise verbiete; daß zum Beweise des Handelsverkehrs nicht auch der Verkauf dargethan werden müsse, folge zunächst schon aus der Natur der Sache, es gehe aber auch aus den eigenen Worten des Reglements hervor, da Verkauf und Handelsverkehr ausdrücklich unterschieden worden. Der Antrag wird auf Cassation des angegriffenen Urtheils und Verurtheilung des Beschuldigten in eine Geldbuße von fünf Thalern, sowie in die Kosten gerichtet.

Urtheil:

I. E., daß das Reglement vom 16. September 1836 Nro. 1 allen Gewerbtreibenden, außer den Apothekern, den Verkauf und Handelsverkehr mit einigen Präparaten, unter welchen auch der tartarus deparatus oder gereinigte Weinstein aufgeführt wird, gänzlich untersagt;

I. E., daß andere Arzneiwaaren nicht von Gewerbtreibenden, außer den Apothekern, in pulverisirtem Zustande geführt und nur in Quantitäten von wenigstens einem Pfunde resp. zwei Loth verkauft werden dürfen;

I. E., daß, wie thatsächlich feststeht, bei der stattgehabten Revision in dem Verkaufs-Lokale des Cassationsverklagten Waaren der einen und der andern Kathegorie in pulverisirtem Zustande vorgefunden sind, und durch diesen Thatbestand die Zuwiderhandlung gegen das Reglement vom 16. September 1836 Nro. 1 und 2 feststeht;

I. E., daß es insbesondere nicht darauf ankommt, aus welchem Stoffe ein Präparat besteht, wenn dem Gewerbtreibenden der Handelsverkehr mit demselben ganz untersagt ist, oder ob ein Stoff an sich verkauft werden dürfe, wenn dessen Zubereitung straffällig macht;

I. E., daß der Cassationsverklagte wegen Verkaufs und Handelsverkehrs mit Arzneiwaaren vor Gericht gestellt, mithin auch des ersteren beschuldigt war, daß es aber eines Beweises der Thatsache einzelner Verkäufe deshalb nicht bedarf, weil der Gewerbtreibende, welcher Waaren in seinem Geschäfte führt, das im Detail-Verkauf besteht, diese Waaren feil hat, mit denselben Handelsverkehr treibt, und demnach durch das zugestandene, bei der Revision ermittelte Sachverhältniß die Strafe verwirkt, das angegriffene Urtheil die betreffenden gesetzlichen Bestimmungen durch ihre Nichtanwendung verletzt.

Aus diesen Gründen

cassirt der Kgl. Revisions- und Cassationshof das Urtheil des Polizeigerichts Nro. II zu Köln vom 23. Juni 1852 und verordnet die Beischreibung des gegenwärtigen Urtheils am Rande des cassirten unter Verurtheilung des Cassationsverklagten in die Kosten;

Und, indem er in der Sache selbst erkennt:

I. E., daß der Beschuldigte die Qualität der bei ihm vorgefundenen Präparate und Arzneiwaaren nicht bestreitet, daß dieselben zu den in den Verzeichnissen A. B. C. zu dem Reglement vom 16. September 1836 enthaltenen gehören, daß er dieselben in seinem Geschäft als Materialist geführt, d. i. feil gehabt, Handelsverkehr damit getrieben und sich einer Zuwiderhandlung gegen das Reglement vom 16. September 1836 Nro. 1 und 2 schuldig gemacht hat, mit Anwendung dieser Bestimmungen und der Nro. 7.

Verurtheilt der Kgl. Revisions- und Cassationshof den Beschuldigten zu einer Geldstrafe von 5 Thlrn., im Unvermögensfalle zu dreitägiger Gefängnißstrafe und in die Kosten.

Sitzung vom 30. Dezember 1852.

Ref.: H. G. O. R. R. v. Oppen. — Concl.: H. G. P. Jaehnigen.

Dieselbe Entscheidung erging an demselben Tage gegen den Kaufmann Joh. Wilh. Wolfs und den Kaufmann Alexander Overhoff zu Köln.

Errichtung von Aussteuer-, Sterbe- und Wittwen-Cassen. — Viehversicherungs-Gesellschaft.

Das Verbot des §. 340 Nro. 6 Allg. Str. G. B. umfaßt nicht solche Versicherungs-Gesellschaften, welche den Gesetzen und ihrer Natur nach keine Vortheile, sondern nur den Schutz gegen unvorhergesehenen Schaden darbieten, insbesondere also auch nicht solche gegenseitige Viehversicherungen, bei welchen den Theilnehmern bei Erlangung eines Ueberschusses der Einnahme und nach Abzug eines Reservefonds eine Dividende zugesichert wird.

Oeffentl. Ministerium — von Juchen.

In Dresden ist am 1. Oktober 1831 eine sogenannte Landwirthschaftliche Assekuranzbank für Deutschland errichtet, welche Assekuranzen gegen Schaden durch Viehseuchen und allgemeine Lebensversicherung der Thiere, in Beziehung auf jeden unverschuldeten Verlust an Vieh bezweckt, auf Gegenseitigkeit in der Art beruht, daß keine Nachschußverbindlichkeit entsteht, wohl aber den Theilnehmern bei Erlangung eines Ueberschusses der Einnahme und nach Abzug eines Reservefonds eine Dividende zugesichert wird. Zur Besorgung der Geschäfte der Gesellschaft werden auswärts Spezial-Rendanten ernannt (§. 25 des Statuts.), welche auch zur Empfangnahme der Prämien Namens der Direktion authorisirt sind (§. 28) und Deputirte, welche unter den Spezial-Rendanten stehend, die Versicherungsverträge zu vermitteln und vorzubereiten haben.

Wilhelm von Juchen, ohne Geschäft und (wie es scheint früher zu Meurs, bei Zustellung der Ladung aber bereits) zu Crefeld wohnhaft, ist beschuldigt:

> „ohne Genehmigung der Staatsbehörde sich an der Errichtung einer Assekuranzbank betheiligt zu haben, welche gegen Leistung von Geldbeiträgen beim Eintritte gewisser Bedingungen Zahlungen an Kapital leistet.“

Nach den Akten scheint diese Betheiligung namentlich darin bestanden zu haben, daß er sich als Special-Rendant der vorstehend genannten landwirthschaftlichen Assekuranzbank zu Meurs qualificirend, im Auftrage der Direktion zu Dresden, dem Posterpediteur Lobscheid zu Hilden, Kreis Düsseldorf, eine Bestallung zum Deputirten ertheilt, auch von demselben ein Exemplar einer von der Direktion ausgehenden Instruktion für die Deputirten hat unterzeichnen lassen.

Nachdem er auf Veranlassung der Kgl. Regierung mit obiger Beschuldigung vor das Polizeigericht zu Meurs geladen war, und hier die Beschuldigung bestritt, da er nur versucht habe, für die Assekuranzbank, als deren Rendant, Geldgeschäfte zu besorgen, welches er als sub Litt. A. besteuerter Kaufmann wohl geburft habe, der Polizeianwalt aber auf Grund des §. 340 Nro. 6 des Str. G. B. eine Strafe von sechs Thalern, eventuell dreitägigem Gefängniß beantragt hatte, erkannte das Polizeigericht am 18. November c. freisprechend und zwar aus folgenden Gründen:

J. E., daß der §. 340 Nro 6 des Str. G. B. offenbar nur von Lebensversicherungen und Renten-Anstalten handelt, da nur bei diesen Anstalten, nicht aber bei einer Versicherung, welche die landwirthschaftliche Assekuranzbank in Dresden nach ihren Statuten allein beabsichtigt, von Rückzahlung eines Kapitals oder einer Rente die Rede sein kann, während von jener Assekuranzbank nach ihren Statuten nur der Werth des gefallenen und versicherten Viehes in gewissen Fällen gezahlt werden soll;

J. E., daß aber aus der von dem Beschuldigten für den Posterpediteur Lobscheid ausgefertigten Bestallung in Uebereinstimmung mit der Erklärung des Wilhelm von Juchen selbst nur hervorgeht, daß Letzterer für besagte Versicherungsbank als Rendant Geldgeschäfte besorgte, also in einem dienstlichen Verhältnisse zu derselben stand; daß aber nicht erwiesen ist, daß derselbe bei Errichtung jener Anstalt irgendwie betheiligt war, daß aber der §. 340 Nro. 6 des Str. G. B. nur diejenigen bestraft wissen will, welche an der Errichtung einer der darin bezeichneten Anstalten Theil genommen haben; daß mithin auf jeden Fall dieses Strafgesetz gegen den Beschuldigten nicht anwendbar erscheint.

Gegen dieses Urtheil hat der Polizeianwalt an demselben Tage den Cassationsrecurs angemeldet. Der Ober-Prokurator zu Cleve bemerkt in seinem Einsendungsberichte, daß die Ansicht des Polizeigerichts, nach welcher der §. 340 Nro. 6 nur auf Lebensversicherungen und Renten-Anstalten zu beschränken sei, sich nach den Worten dieser Gesetzesstelle nicht rechtfertigen lasse, daß jedoch die Frage, ob der Agent einer bereits errichteten Gesellschaft dieser Art, welcher für dieselbe Geschäfte ausführe, als ein solcher qualificirt werden könne, welcher sich an der Errichtung einer solchen Gesellschaft betheilige, zweifelhaft sei.

Urtheil:

J. E., daß der §. 340 Nro. 6 zunächst von Aussteuer-, Sterbe- und Wittwenkassen, demnächst aber auch von andern dergleichen Gesellschaften oder Anstalten spricht, welche bestimmt sind, gegen Zahlung eines Ein-

Kaufgeldes oder gegen Leistung von Geldbeiträgen, beim Eintritt gewisser Bedingungen oder Termine, Zahlungen an Kapital oder Rente zu leisten;

Daß der Ausdruck: Kapital, wenn er auch zuweilen im weiteren Sinne gebraucht wird, dennoch zunächst den Hauptstuhl im Gegensatze gegen die Zinsen und mithin eine Geldsumme, welche zur Verzinsung bestimmt ist, bedeutet;

Daß die Zusammenstellung dieses Wortes mit dem Ausdrucke: Rente, darauf hinweist, daß es hier in jenem seinem eigentlichen Sinne gebraucht ist;

Daß auch die ausdrückliche Namhaftmachung von Aussteuer-, Sterbe- und Wittwenkassen und die Bezeichnung der übrigen Gesellschaften oder Anstalten als denselben ähnliche (dergleichen) dafür spricht, daß hier nur von solchen Gesellschaften die Rede ist, welche den Beitretenden auf eine zu ihrem Unterhalte oder zu Lebensbedürfnissen bestimmte Einnahme Aussicht machen;

Daß die Verhandlungen der Kommission der zweiten Kammer (Seite 174 des Kammerberichts) bei der Berathung über diese, zwar nicht im ursprünglichen Entwurfe der Regierung enthaltene, aber von ihr nachträglich vorgeschlagene Bestimmung ergeben, daß dieselbe den Zweck des §. 250, Titel 20, Theil II. des Allg. Landrechts erfüllen sollte, welcher übrigens im Wesentlichen gleichlautend mit dem §. 340 Nro. 6 ohne weiteren Zusatz nur Aussteuer-, Wittwen- oder Sterbekassen nannte.

Daß dabei ferner den dagegen vorgetragenen Erinnerungen die Erwägung entgegengestellt worden ist, daß erfahrungsmäßig solche Anstalten durch Anerbieten großer Vortheile gegen geringe Beiträge eine große Anzahl von Theilnehmern, besonders aus der weniger wohlhabenden Bevölkerung herzulocken pflegten, dies Motiv aber wiederum nur auf Gesellschaften der oben bezeichneten Art, nicht aber auf Versicherungs-Gesellschaften hindeutet, welche den Gesetzen und ihrer Natur nach keine Vortheile, sondern nur den Schutz gegen unvorgesehenen Schaden darbieten dürfen.

Daß hiernach das Polizeigericht, indem es den §. 340 Nro. 6 auf Versicherungs-Gesellschaften anzuwenden versagte, denselben richtig ausgelegt und nicht verletzt hat, und es der Untersuchung, ob die sonstigen Erfordernisse dieses Strafgesetzes vorliegen, namentlich ob die Errichtung einer der darin bezeichneten Gesellschaften oder Anstalten wider den Angeklagten festgestellt sei, nicht bedarf.

Aus diesen Gründen

verwirft der Kgl. Revisions- und Cassationshof den von dem öffentlichen Ministerium gegen das Urtheil des Kgl. Polizeigerichts zu Meurs vom 16. November 1852 eingelegten Cassationsrecurs.

Sitzung vom 30. Dezember 1852.

Ref.: H. G. O. R. R. Schnaase. — Concl.: H. G. P. Jaehnigen.

Gewerbmäßiges Abfassen schriftlicher Aufsätze für Andere.

Das Abfassen schriftlicher Aufsätze für Andere ist durch das Gesetz vom 30. März 1820 nicht als eines der Gewerbe bezeichnet, von dessen Betriebe der Communalbehörde Anzeige zu machen war.

Da es sonach früherhin als berechtigtes Gewerbe nicht bestand, so kann auch die frühere Ausübung desselben denjenigen, welcher es unter der Gewerbe-Ordnung vom 17. Januar 1845

fortsetzen will, von der Verpflichtung, die deßfallsige polizeiliche Erlaubniß nachzusuchen, nicht entbinden.

Gewerbe-Ord. v. 17. Jan. 1845. §. 15, 49, 177.

Frischbier — Oeffentl. Ministerium.

Gustav Frischbier, 53 Jahre alt, Privatmann, geboren zu Merseburg, wohnhaft zu Trier, wurde durch Contumazial-Urtheil der Zuchtpolizeikammer des Kgl. Landgerichts zu Trier, vom 10. März d. J. für überführt erklärt: aus dem Abfassen schriftlicher Aufsätze ein Gewerbe gemacht zu haben, ohne sich im Besitze der dazu erforderlichen Concession zu befinden — und auf den Strafantrag des öffentl. Ministeriums, mittelst Anwendung der §§. 49 und 177 der Allg. Gew.-Ord. vom 17. Januar 1845 zu einer Geldbuße von zwei Thalern, für den Unvermögensfall zur Gefängnißstrafe von zwei Tagen und zu den Kosten verurtheilt.

Die Berufung des Frischbier von diesem Contumazial-Urtheil wurde durch Urtheil der Correctionell-Appellationskammer des Kgl. Landgerichts zu Trier vom 10. März d. J. in contumaciam verworfen.

Der von ihm gegen dieses Urtheil erhobene Einspruch wurde durch Urtheil vom 12. Juli letzthin aus folgenden Gründen verworfen:

Der §. 15 der angeführten Gewerbe-Ordnung werde von dem Appellanten ohne Grund angerufen, indem durch denselben die polizeiliche Anmeldung eines Gewerbes, welches erst jetzt zu einem solchen erhoben worden sei, nicht ausgeschlossen, vielmehr darin ausgesprochen werde, daß der, welcher bereits zu einem solchen Gewerbe berechtigt sei, nicht deßhalb, weil er den gegenwärtigen Bestimmungen nicht genügen könne, ausgeschlossen sei.

Gegen dieses Urtheil hat Frischbier noch rechtzeitig das Cassationsgesuch angemeldet, und eine Armuths-Bescheinigung in gehöriger Form beigebracht. Er sucht nun in seiner eingereichten Denkschrift darzuthun, daß der §. 15 der angeführten Gewerbe-Ordnung verletzt worden sei, indem er bemerkt:

Der §. 15 der Allg. Gewerbe-Ordnung vom 17. Januar 1845 ist ein Abschnitt des Tit. 2 relatirten Gesetzes. Dieser Titel bezeichnet die Bedingungen und resp. Erfordernisse, unter welchen künftig ein Gewerbe betrieben werden soll und zwar dies in den §§. 14 bis einschließlich 58. Im §. 49 ist nun zwar denjenigen, welche aus der Vermittelung von Geschäften oder der Uebernahme von Aufträgen, namentlich aus der Abfassung schriftlicher Aufsätze für Andere ein Gewerbe machen, als Erforderniß die besondere polizeiliche Genehmigung auferlegt, aber, wie selbstsprechend und nach constanten Rechtsgrundsätzen kein Gesetz rückwirkende Kraft haben kann, so ist dies im §. 15 desselben Gesetzes zweifach: nämlich einmal dort im Allgemeinen, wo es heißt:

> „daß die polizeiliche Zulässigkeit des Betriebes stehender Gewerbe, fortan und nach den Bestimmungen dieses Gesetzes zu beurtheilen sei"

und zum Andern speciell dort im Schlußpassus anerkannt, welcher ausdrücklich bestimmt, daß:

> „wer gegenwärtig zum Betriebe eines Gewerbes berechtigt ist, von demselben um deshalb nicht ausgeschlossen werden könne, weil er den Erfordernissen dieses Gewerbes nicht genügt."

Cassationskläger ist — notorisch bekannt und gegenseits zugestanden, bereits seit dem Jahre 1831 und zwar früher bis zum Jahre 1837 zu Cochem an der Mosel im Regierungsbezirk Coblenz und seit dem Oktober

1837 zu Trier, in dem fraglichen Geschäft bethätigt gewesen, hat von dem Ertrage dieses Geschäftes seine Familie ernährt, also selbstsprechend daraus Gewerbe gemacht, und auch bei seinem im Oktober 1837 bewirkten Umzuge von Cochem nach Trier in letzterem Orte sofort der Communal-Behörde Anzeige davon gemacht, mithin dem einzigen damals bestandenen und zwar speciell durch §. 19. des Gewerbesteuer-Gesetzes vom 30. Mai 1820 vorgeschriebenen gesetzlichen Erfordernisse genügt, war also doch offenbar im Rechte, als das Gesetz der allgemeinen Gewerbe-Ordnung vom 17. Januar 1845 emanirt wurde.

Dem nun, und der daraus unmittelbar entspringenden Folgerung: daß Cassationskläger, indem er noch jetzt fragliches Geschäft resp. Gewerbe betreibt, auch von dem Betriebe seines Gewerbes nicht ausgeschlossen werden könne, entgegenstellen zu wollen — wie es im Urtheile a quo geschehen ist — daß nämlich fragliches Geschäft durch die Allg. Gewerbe-Ordnung vom 17. Januar 1845 als Gewerbe nun erst erhoben worden sei, erscheint wirklich problematisch.

Das Gesetz kann kein Gewerbe creiren, es kann aber wohl ein bestehendes Gewerbe interdiciren nach Umständen, oder dasselbe mit Erfordernissen belasten. Letzteres ist in mehrbewegter Gewerbe-Ordnung geschehen; es hat aber dieses Gesetz selbst keine Ungerechtigkeit begehen, sich nicht eine rückwirkende Kraft usurpiren wollen, und deßhalb hat es im §. 15 die dispensirende Bestimmung aufgestellt. Anders würde ja diese Bestimmung gar keinen Zweck, keine Bedeutung haben.

Uebrigens konnte mehrrelatirtes Gesetz auch wohl keineswegs ein Geschäft in seiner Essenz zum Gewerbe neu erheben, was selbstsprechend ein Gewerbe schon war, so lange als derjenige, der es betreibt, für seine Leistungen sich bezahlen ließ. Es ist aber auch längst schon fragliches Geschäft als ein Gewerbe, in der bezeichneten Betriebsart nämlich, angesehen worden, wofür die Analogie des §. 15, Theil 1, Titel 13 im Allgemeinen Preußischen Landrecht spricht, wo von Personen die Rede ist, welche aus Uebernehmung gewisser Arten von Aufträgen gegen Belohnung ein Gewerbe machen.

Hiernach kann es keinem Zweifel unterliegen, daß die citirte Gesetzesstelle im Urtheile a quo verletzt und mit Unrecht gegen den Cassationskläger die Strafbestimmung der §§. 49 und 177 der Allg. Gewerbe-Ordnung vom 17. Januar 1845 angewendet worden ist, daß daher auch das Urtheil a quo cassirt werden muß, wohin der Antrag geht.

Urtheil:

I. E., daß das Abfassen schriftlicher Aufsätze für Andere durch das Gesetz wegen Errichtung der Gewerbesteuer vom 30. März 1820 als ein Gewerbe nicht bezeichnet ist, wovon nach §. 19 daselbst der Communal-Behörde eine Anzeige hätte gemacht werden müssen;

Daß daher, und indem erst der §. 49 der Allg. Gewerbe-Ordnung vom 17. Januar 1845, den Gewerbebetrieb mit Abfassung schriftlicher Aufsätze für Dritte, zu einem solchen, wozu die Erlaubniß bei der Polizei-Obrigkeit nachgesucht werden muß, erhoben hat, der §. 15 daselbst, als welcher im letzten Absatze nur von dem Nichtausschließen vom Betrieb eines schon bestandenen Gewerbes spricht, nicht verletzt sein kann.

Aus diesen Gründen

verwirft der Kgl. Revisions- und Cassationshof das Cassationsgesuch des Gustav Frischbier als unbegründet und verurtheilt denselben zu den Kosten.

Sitzung vom 2. Oktober 1849.

Ref.: H. G. O. R. R. Esser. — Concl.: H. G. P. Jaehnigen.

Betteln.

Jedes Betteln, d. h. jedes vereinzelte Bitten um ein Almosen fällt unter die Strafbestimmung des §. 341 Allg. Str. G. B.

Oeffentl. Ministerium — Renner.

Auf den schriftlichen Antrag des General-Prokurators bei dem Kgl. Revisions- und Cassationshofe hierselbst folgenden Inhalts:

Der unterzeichnete General-Prokurator ist genöthigt, auf Grund des Art. 442 der Cr. P. O. dem Kgl. Revisions- und Cassationshofe ein in Rechtskraft übergegangenes Urtheil des Polizeigerichts zu Blankenheim vom 10. Juli c. behufs Vernichtung desselben im Interesse des Gesetzes vorzulegen, weil es auf einer Verletzung des §. 341 des Str. G. B. beruhet.

Die ohne Gewerbe zu Blankenheim wohnende und bereits durch Urtheil vom 3. Februar 1849 wegen wiederholten Bettelns, ebenso durch Urtheil vom 17. April d. J. wegen derselben Uebertretung bestrafte Johanna Renner ist,

> weil sie am 15. Mai d. J. an der Thür des Anton Maes zu Blankenheim wiederum gebettelt,

vor das Polizeigericht zu Blankenheim gestellt, welches durch das angefochtene Urtheil, obwohl sie die ihr zur Last gelegte Uebertretung eingestanden hatte, sie freisprach, weil „eine vereinzelte Bitte um ein Almosen nicht als eine strafbare Bettelei im Sinne des Gesetzes anzusehen sei."

Der §. 341 des Str. G. B. indeß, der, weil keiner der Fälle des §. 118 vorliegt, anwendbar war, bestimmt:

> „Wer bettelt . . . wird mit Gefängniß bis zu sechs Wochen bestraft." *)

Es ist also jedes Betteln, d. h. jedes Bitten um ein Almosen mit der im Paragraphen bestimmten Strafe bedroht, ohne Unterschied, ob es nur einmal oder mehrmals geschehen ist, und diese in den Worten selbst begründete Auslegung bestätigt der §. 118 Nro. 1 insofern, als er den, welcher unter Drohungen oder mit Waffen . . . bettelt, mit einer im Maximum bis zu drei Monaten gehenden Strafe belegt wissen will, und unmöglich in der Absicht des Gesetzes gelegen haben kann, ein einmaliges, mit Drohungen oder selbst mit Waffen verübtes Betteln straflos zu lassen.

Es kommt überdies im vorliegenden Falle noch hinzu, daß die Freigesprochene, wie die früher erfolgten wiederholten Bestrafungen wegen Bettelei zeigen, eine Gewohnheitsbettlerin ist, und daß, was sie gethan, eben nur eine Wiederholung derselben mehrfach begangenen Uebertretung ist, mithin nicht als eine vereinzelte Bitte um ein Almosen betrachtet werden kann, so daß mit Rücksicht auf die vorliegenden Urtheils-Auszüge, der Thatbestand des §. 341 selbst dann vorhanden und eine Verletzung dieses Paragraphen durch Nichtanwendung begangen wäre, wenn die vorher bekämpfte Auslegung desselben ihre Richtigkeit hätte.

Deshalb trage ich dahin an:

---

*) Man vergl. den Unterschied in der Redaction dieser Strafbestimmung und der des Art. 275 Code pénal. Anm. d. Red.

„das Urtheil des Polizeigerichts zu Blankenheim in der Untersuchungssache wider Johanna Renner vom 10. Juli d. J. — jedoch nur im Interesse des Gesetzes — zu cassiren und die Beischreibung des zu erlassenden Urtheils am Rande des zu cassirenden Urtheils zu verordnen.“

Zugleich füge ich die Akten des Polizeigerichts bei.

Berlin den 16. Dezember 1852. Der General-Prokurator
gez. Jaehnigen.

Nach Anhörung des General-Prokurators Jaehnigen in seiner Erklärung, daß er seinem schriftlichen Antrage nichts hinzuzusetzen habe.

Aus den von dem Herrn General-Prokurator entwickelten Gründen cassirt der Kgl. Revisions- und Cassationshof das Urtheil des Polizeigerichts zu Blankenheim vom 10. Juli 1852 — jedoch nur im Interesse des Gesetzes — und verordnet die Beischreibung des gegenwärtigen Urtheils am Rande des cassirten.

Sitzung vom 22. Dezember 1852.

Ref.: H. G. O. R. R. Broicher. — Concl.: H. G. P. Jaehnigen.

Jülich-Bergisches Statutarrecht. — Mobilar-, Immobilar-Erbe. — Persönliche, hypothekarische Haftbarkeit der Erben. — Requête civile.

Das Jülich-Bergische Statutarrecht schließt, indem es die Verhältnisse der Mobilar- und Immobilar-Erben unter sich regelt, die Verhaftung der Letztern für die Mobilarschulden, den Gläubigern des Erblassers gegenüber, nicht aus. *)

Cap. 74 Berg. Rechts-Ordnung.

Die Erben haften nach rheinischem Rechte für die Nachlaßschulden persönlich nur nach Maaßgabe ihres Antheils und nur vermöge hypothekarischer Verpflichtung für das Ganze.

Art. 873 B. G. B.

Der Zulässigkeit des Cassationsrecurses steht der Umstand nicht entgegen, daß die im Wege desselben zu rügende Gesetzesverletzung auch eine Requête civile begründen könnte.

Dröghorn u. Cons. — von Carnap.

Johann Georg Dröghorn zu Wupperfeld in Barmen wohnhaft, welcher mit Johanna Karoline Feldhaus unter der Herrschaft des Jülich-Bergischen Rechtes und ohne besondere Ehepakten verheirathet war, stellte am 23. September 1810 und zwar zu Schwelm, eine notarielle Urkunde aus, in welcher er bekannte, der obengenannten Wittwe von Carnap aus ver-

*) Vergl. oben Abth. 1. S. 49.

schiedenen ältern Schuldscheinen die Summe von 3600 Reichsthaler in französischen Kronenthalern zu 1 Thlr. 57 Stüber zu verschulden, indem er zugleich das Kapital mit 4 pro Cent zu verzinsen versprach und zur Sicherheit mehrere ihm zugehörige, im Gebiete des Bergamts zu Bochum gelegene Bergwerksantheile zur Hypothek bestellte, auch in die Eintragung in das Hypothekenbuch willigte. Diese Eintragung ist denn auch, wie in der Klage bemerkt ist, am 23. Dezember 1825 erfolgt, zu welcher Zeit die Ehe des Johann Georg Dröghorn durch seinen Tod aufgelöst war.

Mittelst Akts vom 31. Dezember 1850 erhob nun die Wittwe von Carnap wider die Wittwe und die 5 nachgelassenen Kinder des Johann Georg Dröghorn Klage, in welcher sie unter Angabe des vorstehenden Sachverhältnisses und mit der Hinzufügung, daß der Zinsfuß später durch mündliche Uebereinkunft auf $4^1/_2$ pro Cent erhöhet sei, die am 1. Mai desselben Jahres verfallenen Zinsen mit 13 Thlr. 4 Sgr. 8 Pfg. von ihnen als Erben und Nachfolgern des Johann Georg Dröghorn forderte und zwar, soweit die hypothekarische Sicherheit reichte, unter solidarischer Haftbarkeit.

Bevor die Sache zur Verhandlung kam, erklärten die 5 Geschwister Dröghorn auf dem Secretariate des Landgerichts zu Elberfeld am 29. Januar 1851, daß sie auf den Nachlaß ihres genannten Vaters, sowie auf den ihres in Batavia verstorbenen Bruders Friedrich Dröghorn unbedingt Verzicht leisteten.

Eine gleiche Erklärung gab auch die Wittwe Dröghorn in Betreff des Nachlasses ihres obengenannten Sohnes Friedrich ab.

Am 6. Juni desselben Jahres erklärten ferner die Geschwister Dröghorn nebst der Wittwe Dröghorn auf demselben Secretariate und mit Beziehung auf die erwähnte Verzichtleistung, daß sie, falls dieselbe als gültig nicht anerkannt werden sollte, die Nachlassenschaften des Johann Georg und des Friedrich Dröghorn unter der Rechtswohlthat des Inventarii anträten.

Demnächst trugen die Kinder Dröghorn auf Zurückweisung der Klage an, und zwar zunächst wegen der erwähnten Verzichtleistung, außerdem aber auch aus dem Grunde, weil die Eintragung im Hypothekenbuche erst nach dem Tode ihres Vaters erfolgt, die Schuld also als Mobilarschuld der Wittwe allein anheimgefallen sei, weil endlich auch, wenn man eine Immobilarschuld annehme, die Zinsen der Wittwe allein zur Last fielen, das Kapital aber aus dem Unterpfande und eventuell aus dem Mobiliar-Vermögen zu decken sei.

Klägerin entgegnete hierauf, daß die Verzichtleistung nichtig sei, weil ausweis eines beigebrachten Hypothekenextraktes die Kinder Dröghorn die aus dem Nachlasse ihnen anerfallenen Bergwerksantheile verpfändet und sich mithin in den Nachlaß eingemischt hätten.

Das Kgl. Landgericht zu Elberfeld erkannte hierauf in seiner Sitzung vom 2. Juli 1851, und zwar, da der gemeinsame Anwalt der Verklagten für die Wittwe keinen Antrag genommen hatte, in Betreff derselben in contumaciam wider den Anwalt, und verurtheilte diese, und im Falle sie zu zahlen nicht fähig sein sollte, die übrigen Verklagten und zwar diese solidarisch zur Zahlung der libellirten Summe nebst Zinsen zu 5 pro Cent vom 31. Dezember 1850, sämmtliche Verklagten aber in die Kosten. Die Gründe dieses Urtheils lauten, wie folgt:

I. E., daß die Ehe zwischen Johanna Karoline Feldhaus und Johann Georg Dröghorn unbestritten unter der Herrschaft des Jülich-Bergischen

Rechts abgeschlossen ist, und daß in Betreff dieser Ehe die für die Gütergemeinschaft jenes Rechts geltenden Bestimmungen durch keinen Vertrag abgeändert worden sind, daß daher bei dem Tode des Mannes die Mobilien, sowie der Nießbrauch an den Immobilien der überlebenden Ehefrau, die Immobilien selbst aber jedenfalls, soweit sie Illaten sind, den Kindern, und zwar beide Massen ihrem Activ- und Passivbestande nach, anerfallen mußten, daß hiernach die Wittwe Dröghorn als Mobiliarerbin die Schulden des Mobiliar-Nachlasses, sie und ihre Kinder, und zwar die Erste als Nutznießerin, die Andern als Erben des Immobiliar-Nachlasses die Schulden des letztern zu tragen haben;

J. E., daß die Klägerin die Zinsen eines Kapitals fordert, welches der verstorbene Ehemann der Verklagten in einem notariellen Akt vom 23. Dezember 1810 als Schuld anerkannt hat, und wofür er in derselben Urkunde zugleich die hypothekarische Sicherheit auch auf bestimmte ihm zugehörige Grundstücke bewilligt; daß er damit seiner Seits alles gethan hat, was die Schuld im Sinne des Statutarrechts zu einer Immobiliarschuld in Beziehung auf das Güterrecht seiner Ehe machen mußte; daß es daher insoweit gleichgültig erscheint, wenn die Gläubigerin auch erst nach Auflösung der Ehe die hypothekarische Eintragung bewirkt hat; daß es sich mithin von einer Immobiliarschuld handelt, und so sämmtliche Verklagten zur Bezahlung der davon abhängigen, nach §. 482, Tit. 20, Thl. I. des Allgemeinen Land-Rechts auch hypothekarisch gesicherten Zinsen verpflichtet sind; daß diese Verpflichtung zwar nach obiger Ausführung vor allen andern Personen dem überlebenden Ehegatten und nur subsidiarisch den Kindern zur Last fallen mag; daß es aber untergebens einer Vorausklage um so weniger bedarf, als eine selbstständige Verpflichtung für beide obwaltet;

J. E., daß zwar die Wittwe, um sich von dieser Last zu befreien, auf den Nachlaß ihres im Jahre 1823 verstorbenen Sohnes, am 29. Januar dieses Jahres verzichtet und eventuell denselben ebenso wie die Erbschaft ihres Mannes nur sub beneficio inventarii annehmen zu wollen durch Akt vom 6. Juni curr. erklärt hat; daß aber alle erwähnten Erklärungen aus dem Grunde wirkungslos sind, weil die Verklagte die Immobilien der Erbschaftsmasse von Johann Georg Dröghorn und Friedrich Dröghorn im Jahre 1841 zur Hypothek bestellt, dadurch jedenfalls mehr als einen Akt der Verwaltung vorgenommen, und mithin die Erbschaft ihres Sohnes im Sinne des Art. 778 des B. G. B. unbedingt angetreten hat, so daß ihr dadurch das Recht verloren ging, dieselbe in der Folge auszuschlagen oder doch nur unter der Rechtswohlthat des Inventars anzutreten; daß im Uebrigen ein Verzicht auf die eheliche Gütergemeinschaft, wenn er auch erheblich sein könnte, nicht vorliegt, und daß die Antretung des Nachlasses ihres Mannes durch die Wittwe sub beneficio deshalb unstatthaft erscheint, weil der überlebende Ehegatte nach Jülich-Bergischem Rechte nicht als Erbe des Verstorbenen angesehen wird, sondern nach Auflösung der Ehe das bis dahin getheilte Eigenthum der Gütergemeinschaft nur in seiner Hand vereinigt;

J. E., daß die mitverklagten Kinder aus gleichem Grunde, wie die Mutter erklärten, auf die Erbschaft ihres Vaters und Bruders verzichten oder beide doch nur sub beneficio annehmen zu wollen; daß diese Erklärungen aber nach dem Vorherigen wegen mehrfacher ihrer Seits vorgenommenen Hypothekenbewilligung keine weitere Berücksichtigung verdienen;

I. S., daß die Höhe der geforderten Zinsen von den Verklagten nicht bestritten wird, und daß die mitverklagten Kinder für ihre subsidiarische Verpflichtung zur Zahlung derselben solidarisch verhaftet erscheinen, wie aus dem erwähnten §. 482, in Verbindung mit §. 127, Tit. 17, Thl. I. Allgemeinen Land-Rechts, beziehungsweise Art. 873 des B. G. B. unzweifelhaft hervorgeht; daß übrigens der für alle Verklagten bestellte Anwalt für die Wittwe Dröghorn keinen Antrag genommen hat; daß daher insofern gegen ihn in contumaciam verfahren werden muß;

Gegen dieses Urtheil haben die 5 Geschwister Dröghorn, nicht ihre Mutter, den Cassationsrecurs eingelegt und ihn auf zwei Cassationsmittel gestützt.

Das erste Cassationsmittel ist auf Verletzung des cap. 74 der Jülich-Bergischen Rechts-Ordnung gegründet.

Indem das Landgericht annehme, daß das fragliche Kapital eine Immobiliarschuld im Sinne des Jülich-Bergischen Statutarrechts sei, und diese Annahme dadurch motivire, daß Johann Georg Dröghorn durch Bewilligung der hypothekarischen Sicherheit auf bestimmte, ihm zugehörige Grundstücke seiner Seits alles gethan habe, was die Schuld zu einer Immobiliarschuld machen mußte, behandele es den Begriff der Immobiliarschuld als gleichbedeutend mit der Dinglichkeit der Forderung. Dies sei aber nach Bergischem Statutarrechte nicht richtig.

Zufolge der gesetzlichen Bestimmung des angeführten cap. 74 gingen alle Schulden des Nachlasses auf den Mobiliarerben über. Erst das Gewohnheitsrecht habe diesen Satz dahin beschränkt, daß gerichtliche Hypothekenschulden dem Immobiliarerben zur Last gelegt worden. Dieser Ausnahmefall sei aber hier nicht vorhanden. Nicht einmal die Urkunde, auf der die Hypothek beruhe, könne sie zur gerichtlichen machen, denn es sei eine notarielle, und nach dem damals bestehenden ältern Rechte die notarielle Urkunde der gerichtlichen nicht gleich. Ueberdies habe aber das Bergische Recht unter gerichtlichen Hypotheken nur solche verstanden, welche in das Grundbuch eingetragen gewesen. Dies sei hier beim Tode des Dröghorn nicht geschehen, die Schuld also damals dem Mobiliarerben zur Last gefallen, und mithin ungeachtet der spätern Eintragung in Betreff der Frage, auf welchen Rechtsnachfolger die persönliche Verpflichtung übergegangen, auch heute noch als Mobiliarschuld zu behandeln.

Cassationsverklagte erklärt hierauf:

Zunächst sei die factische Voraussetzung des Cassationsmittels, daß die hypothekarische Eintragung erst nach dem Tode des Johann Georg Dröghorn erfolgt, unrichtig. Aus einem bei ihren Akten befindlichen Hypothekenscheine ergebe sich vielmehr, daß sie schon am 28. September 1810, fünf Tage nach Ausstellung der notariellen Urkunde bewirkt worden. Das Landgericht habe auch nicht das Gegentheil festgestellt, vielmehr nur die Untersuchung, ob die Gläubigerin die Eintragung erst nach Auflösung der Ehe bewirkt habe, für gleichgültig erklärt. Sollte es mithin auf diesen Umstand ankommen, so würde es darüber noch anderweitiger Feststellung bedürfen. Allein auch unter der angegebenen Voraussetzung sei das Cassationsmittel in keiner Weise begründet. Zunächst habe durch das Decret vom 12. November 1809 das B. G. B. seit dem 1. Januar 1810 im Großherzogthum Berg Gesetzeskraft erhalten und seien daher zufolge Art. 1317 u. ff. die notariellen Akte den gerichtlichen substituirt worden. Ferner aber beziehe sich der Unterschied zwischen gerichtlichen und außergerichtlichen, öffentlichen und Privat-Hypotheken im Bergischen Rechte nur auf die

Verhältnisse mehrerer mit einander collidirender Gläubiger. Für den Schuldner und mithin für dessen Erben sei dieser Unterschied gleichgültig, es komme vielmehr nur darauf an, wie die Schuld constituirt sei, und in dieser Beziehung genüge es zur Begründung der Immobiliarität der Schuld, wenn der ursprüngliche Schuldner ihr die Qualität einer gerichtlichen Hypothek, wie hier geschehn, durch seine Einwilligung in die gerichtliche Realisation beigelegt habe, gleichviel ob diese auch erst nach seinem Tode wirklich erfolgt sei.

Diese Rechtssätze würden durch Urtheile des A. G. H. anerkannt, durch die Allegate Maurenbrecher's in seinem Abdrucke der Rechtsordnung nicht widerlegt, und seien durch Reuß, in seinem Werke von der ehelichen Gütergemeinschaft gerade mit Beziehung auf die hier vorliegende Frage, ausgeführt worden.

Endlich aber würde auch dann, wenn die Schuld als eine Mobiliarschuld betrachtet werde, das Urtheil des Landgerichts gerechtfertigt sein. Es handle sich hier von Zinsen eines Kapitals. Solche seien allerdings, gleichviel welche Qualität die Schuld habe, zunächst von der Wittwe aus dem Nießbrauche zu entrichten, allein ebenso haften auch, insofern sie nicht zahlungsfähig sei, die Immobiliarerben dafür in subsidium. Dies sei durch die Bergische Praxis, wie wiederum Reuß bezeugt, und ebenso durch Urtheile des A. G. H. anerkannt. Nur diese subsidiaire Verpflichtung habe aber das Landgericht ausgesprochen.

Mit dem zweiten Cassationsmittel behaupten die Cassationskläger Verletzung und falsche Anwendung der Art. 1 und 873 des B. G. B., des §. 482, Tit. 20, und §. 127, Tit. 17, Thl. I. des Allgemeinen Landrechts, sowie des §. 1 des Gesetzes vom 3. April 1846.

Das Landgericht habe die Cassationskläger in solidum verurtheilt und dies theils auf die Bestimmungen des Allgemeinen Landrechts, theils auf Art. 873 des B. G. B. gegründet.

Nach dem Allgemeinen Landrecht haften aber die Erben (wie aus §. 127 und §. 131, Tit. 17, cit. hervorgehe und durch einen Plenarbeschluß des Obertribunals anerkannt sei) vor der Erbtheilung nicht in solidum. Die Erbtheilung sei nicht behauptet oder festgestellt und mithin der vom Landgericht allegirte §. 127 a. a. O. und der gar nicht hierher gehörige ebenfalls citirte §. 482, Tit. 20 verletzt. Es sei aber auch das Allgemeine Landrecht gar nicht anwendbar, da die Erbschaft unter der Herrschaft des B. G. B. eröffnet und es hierbei nicht darauf ankomme, ob die zum Unterpfande bestellten Güter auf dem Gebiete einer andern Gesetzgebung belegen seien. Durch die Heranziehung dieser in der Rheinprovinz nicht publicirten Gesetze habe das Landgericht daher auch den Art. 1 des B. G. B und den §. 1, des Gesetzes vom 3. April 1846 verletzt.

Der Art. 873 des B. G. B., in Verbindung mit den Art. 1220 und 1475 stehe endlich der Entscheidung des Landgerichts gerade entgegen; er begründe eine persönliche Verhaftung der Erben nur nach Maaßgabe ihres Erbantheils. Für die ganze Schuld haften sie nur hypothécairement und wären mithin, wenn man selbst die vorliegende Klage für eine hypothekarische halten wolle, doch nicht, wie das Landgericht gethan, persönlich zur solidarischen Haftbarkeit zu verurtheilen gewesen.

Diese Verurtheilung gehe auch über die Anträge der Klägerin hinaus, und obgleich dieser Umstand nach Art. 480 Nro. 3 der B. P. O. die requête civile begründen könnte, sei es doch nach der durch den Pariser

Cassationshof gestatteten Praxis zulässig, ihn auch im Wege des Cassationsrecurses geltend zu machen, wenn die Ueberschreitung der Anträge, wie hier der Fall, auch die Gesetze verletze.

Cassationsverklagte erwidert hierauf:

Wie die Ladung ergeben habe, sei zwar die persönliche Verurtheilung der Cassationskläger, die solidarische Haftbarkeit aber nur insoweit beantragt, als die hypothekarische Sicherheit reicht. Ob das Landgericht mehr zugesprochen, sei zweifelhaft. Denn man müsse das Dispositiv des Urtheils theils nach den Anträgen der Parteien, theils nach den Motiven auslegen. Diese führten aber durch die Allegirung des Art. 873 und des §. 482, Tit. 20, Thl. I. des Allgemeinen Landrechts nur auf die Beziehung der Solidarität auf die hypothekarische Verhaftung. Nehme man diese Auslegung an, so fehle der Grund der Beschwerde, verwerfe man sie, so sei wirklich ultra petita erkannt. Dann aber sei nur die requête civile begründet und der Cassationsrecurs, wie sowohl von dem Pariser Cassationshofe, als von hiesiger Stelle erkannt, nicht zulässig.

Urtheil:

Auf das erste Cassationsmittel:

J. E., daß das cap. 74 der Bergischen Rechts-Ordnung, indem es die Verhältnisse der Mobiliar- und Immobiliar-Erben unter sich regelt, die Qualität der Immobiliar-Erben als Erben überhaupt und ihre daraus den Gläubigern des Erblassers gegenüber entstehende Verhaftung nicht ausschließt;

Daß mithin auch für Mobiliarschulden eine Verhaftung der Immobiliar-Erben mindestens in dem Falle besteht, wenn der Mobiliar-Erbe dieselben zu bezahlen nicht fähig ist;

Daß nur auf eine solche subsidiarische Verpflichtung der Cassationskläger erkannt worden, und mithin, ohne daß es der Untersuchung, ob die der Klage zum Grunde liegende Hypothekenforderung eine gerichtliche oder außergerichtliche sei, bedarf, die Behauptung einer geschehenen Verletzung des cap. 74 der Bergischen Rechts-Ordnung sich als ungegründet darstellt;

Auf das zweite Cassationsmittel:

J. E., daß die Behauptung, daß die Erbschaft des Johann Georg Dröghorn unter einer andern Gesetzgebung als der im Forum der Klage geltenden eröffnet sei, nicht aufgestellt ist, und hiernach unzweifelhaft die Verpflichtungen der Erben nur nach den Bestimmungen des B. G. B. zu beurtheilen sind;

Daß nach Art. 873 des B. G. B. die Erben für die Nachlaßschulden persönlich nur nach Maaßgabe ihres Antheils und nur vermöge hypothekarischer Verpflichtung für das Ganze haften;

Daß die Entscheidung des Landgerichts zu Elberfeld die Cassationskläger solidarisch und ohne Hinzufügung einer Beschränkung, also mit voller persönlicher Verpflichtung zur Zahlung der eingeklagten Zinsen verurtheilt, und mithin den Art. 873 verletzt;

Daß eine beschränkende Auslegung dieses Ausspruchs nach Maaßgabe der Motive des Urtheils bei der völligen Unzweideutigkeit der im Dispositiv gebrauchten Worte nicht thunlich ist;

Daß zwar eine Vergleichung dieses Anspruchs mit dem Klageantrage ergiebt, daß jener über diesen hinausgeht und mithin diese Entscheidung das Anbringen der requête civile begründet haben möchte, (Art. 480, Nro. 3 der B. P. O.).

Daß jedoch weder die Aufstellung einer solchen behauptet, noch die Ueberschreitung des Klagantrages zur Grundlage des Cassationsmittels gemacht ist;

Daß die bloße Möglichkeit des Begründetseins einer requête civile aber nicht geeignet ist, den wegen der unzweifelhaft vorliegenden Gesetzes-Verletzung eingelegten Cassationsrecurs unzulässig zu machen;

Aus diesen Gründen

cassirt das Kgl. Ober-Tribunal, fünfter Civil-Senat (Rheinischer Senat) das Urtheil des Kgl. Landgerichts zu Elberfeld vom 2. Juli 1851, insoweit als es die Cassationskläger solidarisch zur Zahlung von 130 Thlrn. 4 Sgr. 8 Pfg. nebst Zinsen zu 5 pro Cent seit dem 31. Dezember 1850 verurtheilt hat, verordnet die Beischreibung dieses Urtheils am Rande des cassirten, sowie die Rückgabe der Succumbenzgelder, legt der Cassationsverklagten die Kosten zur Last;

Und indem es an die Stelle des ersten Richters tretend zur Sache selbst erkennt:

Verurtheilt das Kgl. Ober-Tribunal, fünfter Civil-Senat (Rheinischer Senat) aus den angeführten Gründen die Cassationskläger für den Fall, daß die Mitverklagte Johanna Karoline Feldhaus, Wittwe Dröghorn, nicht fähig sein sollte zu zahlen, als Erben des verstorbenen Johann Georg Dröghorn der Cassationsverklagten 130 Thlr. 4 Sgr. 8 Pfg. nebst Zinsen zu 5 pro Cent vom 31. Dezember 1850, und zwar soweit die der Cassationsverklagten bestellte hypothekarische Sicherheit reicht, mit solidarischer Haftbarkeit der Cassationsverklagten zu zahlen und legt ihnen die Kosten zur Last.

Sitzung vom 11. Januar 1853.

Ref.: G. O. Tr. R. Schnaase. — Concl.: G. St. A. Grimm.

Advokaten: Dorn — Reusche.

Frachtführer. — Eisenbahn. — Verantwortlichkeit.

Die Clausel eines Frachtbriefes, daß bei Entschädigung für abhanden gekommene Güter, den Fall besonderer Versicherung ausgenommen, der Werth eines Centners nie höher, als zu einem vorher bestimmten Betrage (20 Thlr.) angenommen werden solle, ist gültig und durch kein Gesetz mißbilligt.

Dieß gilt auch in Bezug auf die Versendung durch Eisenbahnen *). Art. 103 H. G. B. — §. 25 Ges. v. 3. Nov. 1838.

Köln-Mind. Eisenbahn — Schmitz, Freitag und du Fallois — Weber.

Gegen das im Bde. 47. 1. S. 97 mitgetheilte Urtheil des II. Senates vom 29. Januar 1852 hat die Direktion der Eisenbahngesellschaft sowohl dem Handlungshause Schmitz, Freitag und du Fallois, als auch

*) Vergl. oben Abth. I. S. 92 und die dort angeführten Citate.

eventualiter dem Fuhrmann Weber gegenüber das Rechtsmittel der Cassation ergriffen.

In Uebereinstimmung mit den Grundsätzen, welche der Cassationshof bereits in dem Bd. 47. II. A. S. 35 ausgesprochen, hat er auch in dieser Sache ein cassirendes Urtheil zu Gunsten der Eisenbahngesellschaft erlassen. Da diesemnach die gegenüber dem Fuhrmann Weber geltend gemachten Cassationsmittel ihr Interesse verlieren, so soll auch hier nur dasjenige mitgetheilt werden, was auf das dem Handlungshause Schmitz u. s. w. gegenüber eingelegte Cassationsrechtsmittel Bezug hat.

Die Cassationsklägerin behauptete in dieser Beziehung eine Verletzung resp. falsche Anwendung der §§. 25 und 49 des Gesetzes vom 3. November 1838, der Art. 6, 1133, 1134, 1152, 1172, 1784 des B. G. B., Art. 98, 101 und 103 des H. G. B.

Die angegriffene Entscheidung, sagte sie, beruhe nur darauf, daß die Vorschrift des Gesetzes vom 3. November 1838, da es der öffentlichen Ordnung angehöre, die gesetzliche Ersatzpflicht einer vertragsmäßigen Beschränkung nicht empfänglich sei; das Irrige dieser Ansicht zu zeigen, werde nicht schwer, denn die Vorschriften, durch welche das Gesetz die rechtlichen Folgen der Verträge regele, hätten an und für sich nur einen subsidiairen Charakter; abweichende Vertragsbestimmungen seien nirgend verboten, nach Art. 1134 gelte vielmehr der Vertrag als Gesetz und der Frachtbrief sei (nach Art. 101 des H. G. B.) ein Vertrag; gegen ein Verbots-Gesetz dürfe dieser allerdings nicht verstoßen, mit der öffentlichen Ordnung habe ein Vertrag zwischen dem Versender und Frachtführer an sich gar nichts zu thun. Der §. 25 des Eisenbahngesetzes habe denselben subsidiairen Charakter, wie der Art. 1784, er sei eigentlich hier, wo der Schade nicht durch die Beförderung auf der Bahn entstand, gar nicht einmal anwendbar; abgesehen davon aber habe er doch nur den Zweifel beseitigen sollen: ob die in Betreff der Frachtführer gegebene allgemeine Vorschrift auf den Eisenbahnverkehr anwendbar sei; und weder der Eingangs- noch der Schlußparagraph habe ihm den Stempel eines Prohibitivgesetzes aufgedrückt; dies sei auch anerkannt von den Cassationsverklagten selbst, durch Abschluß des Vertrages, der übrigens die Haftbarkeit nicht ausschließen, sondern nur die Art und Weise der Entschädigung und das Maß derselben im Voraus regeln solle. Es werde nicht bestritten, daß die Eisenbahngesellschaft in demselben Verhältniß, wie der Frachtführer, haftbar sei, wohl aber, daß irgend ein Gesetz das Ermessen bei Feststellung der vertragsmäßigen Rechte und Pflichten beschränke. In den Art. 98 und 103 des H. G. B. sei kein Gegensatz enthalten, letzterer unterlasse nur die Wiederholung dessen, was, auch wenn es in ersterem nicht gesagt wäre, sich von selbst verstehen würde, und mit dem Art. 1784 verhalte es sich nicht anders. Der öffentlichen Ordnung könne ein Vertrag nur widerstreiten, wenn eine illegale Handlungsweise durch die Zulassung desselben begünstigt werden würde, ein Charakter des dolus bemerkbar sei, einen solchen aber tragen die Verabredungen der Partheien so wenig, daß der Art. 1152 sogar ganz allein die Befugniß, das Maß der Entschädigung zum Voraus zu fixiren, anerkenne; der Appellhof habe selbst in einem früheren Falle und ebenso der Cassationshof in diesem Sinne entschieden, letzterer in einem cassirenden Urtheile in Sachen der Rheinischen Eisenbahngesellschaft — Mathée (Bd. 47, 2 A. 35) vom 16. März 1852 ausdrücklich ausgesprochen, daß die hier in Rede stehende Vertragsklausel nicht zu den unerlaubten gehöre.

Die Frage: ob die Cassationsverklagten in die fragliche Bestimmung des Reglements eingewilligt, habe der Appellationshof unerörtert gelassen, die Beantwortung derselben könne indessen nach dem Inhalte des Frachtbriefs nicht zweifelhaft sein, und ebenso verstehe sich die Restitution der unter Vorbehalt des Cassationsrekurses gezahlten 893 Thlr. 28 Sgr. 6 Pfg.

Das Handelshaus Schmitz, Freitag u. du Fallois erwidert: Der Begriff der öffentlichen Ordnung und guten Sitten sei kein gesetzlicher, die Feststellung daher eine rein faktische und der Kritik des Cassationshofs nicht unterworfen, wolle man aber selbst dem Cassationsrichter ein Entscheidungsrecht über solche faktische Fragen einräumen, so bedinge doch nur die „contravention expresse au texte de la loi" den Cassationsgrund. In einem ganz gleichen Falle habe der Hof ausgesprochen, daß die Verantwortung des Frachtführers, als im Wesen des Vertrages gegründet, zugleich aber zur öffentlichen Ordnung gehörend, durch besondere Stipulation der Contrahenten nicht aufgehoben werden könne, Arch. 38. 2. 87.; abgesehen hiervon, sei aber die Stipulation einer beschränkten Entschädigung in der That der öffentlichen Ordnung und den guten Sitten zuwider, der Kürze wegen werde auf das in Sachen der Rheinischen Eisenbahn gegen Mathée Gesagte (Arch. 47. 2. S. 35.) verwiesen.

Urtheil:

I. E., daß das angegriffene Urtheil nur über die Zulässigkeit der von der Cassationsklägerin behaupteten Uebereinkunft, nach welcher bei Entschädigung für abhanden gekommenes Transportgut, in Ermangelung besonderer Versicherung nur 20 Thaler pro Centner vergütet werden solle, entschieden hat, und in Beziehung auf das erste Cassationsmittel nur diese gegenwärtig zu beurtheilen ist;

I. E., daß Alles, was das Gesetz nicht ausschließt, Gegenstand einer Uebereinkunft sein kann, und nicht die gesetzliche Regel, welche subsidiarisch in Ermangelung vertragsmäßiger Bestimmung zur Anwendung kommt, sondern nur die gesetzliche Untersagung der Abweichung von derselben einer Vertragsbestimmung entgegensteht, wie aus dem Inhalte des Art. 1134 des B. G. B. folgt;

Daß insbesondere die Art. 1782 und folgende des B. G. B. die Art. 101 und folgende des H. G. B. und der §. 25 des Gesetzes vom 3. November 1838, solche Regeln enthalten, abweichende Verabredungen aber insbesondere über den Betrag des Schadens verloren gehender Transportgüter nicht untersagt sind;

I. E., daß sonach nur zu prüfen ist, ob der behauptete Vertrag die öffentliche Ordnung verletze, mithin die Ausnahme des Art. 1133 des B. G. B. anwendbar sei?

Daß das angefochtene Urtheil, indem es dieses, nicht faktisch, sondern rechtlich bejahend entschieden, nur auf dem Schlusse beruht, weil das Gesetz vom 3. November 1838 im Interesse der öffentlichen Ordnung erlassen sei, so werde durch Abweichungen die öffentliche Ordnung verletzt;

Daß diese Ansicht aber weder in dem Eingange des Gesetzes einen Anhaltspunkt findet, nach welchem dasselbe nur allgemeine Bestimmungen über das Verhältniß der Eisenbahngesellschaften enthalten soll, noch mit der ausgesprochenen Unterscheidung dieser Verhältnisse vereinbar sein würde, noch auf einem logisch richtigen Schlusse beruht, indem privatrechtliche Regeln diesen Charakter nicht schon dadurch verlieren, daß sie in einem, die öffentliche Ordnung interessirenden Gesetze Aufnahme finden;

Daß die Verabredung durch welche nicht die Richthaftung für Transportgüter im Falle des Verlusts, sondern nur der Betrag des zu ersetzenden Schadens im Voraus regulirt wird, um so weniger als der öffentlichen Ordnung widerstreitend, angesehen werden kann, als der Art. 1152 B. G. B. dergleichen Abreden im Allgemeinen für zulässig erklärt und von dieser Regel rücksichtlich der Frachtführer weder im B. G. B. noch sonst eine gesetzliche Ausnahme gemacht ist;

J. E., daß es hiernach, wie in dem Verhältniß der Eisenbahngesellschaft zu dem Fuhrmann Weber, so auch in dem Verhältnisse derselben Gesellschaft zu dem Cassationsverklagten Schmitz, Freitag und du Fallois auf den Inhalt des Vertrags ankommt und der Rheinische Appellationshof, indem er das Gegentheil annahm, die bezogenen Gesetze verletzt hat;

J. E., zum zweiten Cassationsmittel, daß dasselbe ausdrücklich nur für den Fall der Verwerfung des ersten eingelegt worden war, mithin seine Erledigung findet, gleichwohl die Cassationsklägerin die durch sie dem Cassationsverklagten Weber verursachten Kosten erstatten muß.

Aus diesen Gründen

cassirt das Königl. Ober-Tribunal, V. Civilsenat (Rheinischer Senat) das Urtheil des Rh. Appellationshofs vom 29. Januar 1852 in soweit es, in Sachen der Köln-Mindener Eisenbahngesellschaft gegen Schmitz, Freitag und du Fallois erkennend, die von Ersterer eingelegte Hauptberufung verworfen hat u. s. w.

Sitzung vom 8. März 1853.

Ref.: H. G. O. Tr. R. von Oppen. — Concl.: H. G. St. A. Grimm.

Advokaten: Volkmar — Dorn.

Notar. — Testament. — Inhabilität eines Instrumentszeugen. — Haftbarkeit.

Das Verhältniß des instrumentirenden Notars zu den Parteien ist nicht nach dem Maaßstabe einer vertragsmäßigen Verpflichtung, und daher seine Verantwortlichkeit für die formelle Gültigkeit der Urkunden und seine Verpflichtung zum Schadensersatze im Falle der Ungültigkeit derselben nicht nach den Grundsätzen bei Verträgen zu beurtheilen. — Vielmehr ist der Grund seiner Verantwortlichkeit nur in seinen Amtspflichten zu finden, und es können daher Schadensklagen auf diesem Fundamente nur durch den Beweis seines Verschuldens begründet werden. — Außer den Fällen, in welchen die Constatirung von Umständen durch die Urkunde gesetzlich vorgeschrieben ist und die Schadensklage auf Unterlassung dieser Constatirung gegründet wird, hat deshalb der Kläger die Umstände darzuthun, aus welchen eine Verabsäumung des Notars und der dadurch herbeigeführte Schaden gefolgert werden soll.

I. Fall.

Ismar — Sansen.

Das Thatsächliche dieser Sache und die in den Instanzen ergangenen Urtheile sind im Bde. 46. 1. 108 ff. mitgetheilt. Wie dort zu ersehen, hatte der A. G. H. unter Reformation des erstrichterlichen, auf Schadenspflichtigkeit des Notars lautenden Urtheils im Wesentlichen aus dem Grunde die Schadenersatzklage abgewiesen, weil das Verhältniß des instrumentirenden Notars zu den Parteien nach den allgemeinen Bestimmungen der Art. 1383 und 1992 des B. G. B. zu beurtheilen sei, mithin eine Klage auf Schadensersatz gegen denselben nur durch ein bei seiner Geschäftsführung begangenes Versehen begründet werden könne, wofür jedoch vorliegend ein genügender Beweis weder erbracht, noch erboten sei.

Den Seitens der damaligen Appellaten gegen dieses Urtheil eingelegten Cassationsrecurs hat der Rh. Revisions- und Cassationshof, jedoch unter Mißbilligung des ersten Theils der von dem A. G. H. angeführten Gründe, verworfen durch folgendes

Urtheil:

I. E., daß die Notarien, als die vom Staate mit der Verwaltung der freiwilligen Gerichtsbarkeit betrauten Beamten, ihre Urkunden in dieser Eigenschaft aufnehmen, und daß ihr Verhältniß zu den Parteien und den Betheiligten lediglich von diesem Gesichtspunkte, und nicht nach dem Maaßstabe einer vertragsmäßigen Verpflichtung zu beurtheilen ist;

Daß daher, was die Verantwortlichkeit der Notarien für die formelle Gültigkeit der Urkunden und ihre Verpflichtung zum Schadenersatz im Falle der Ungültigkeit betrifft, weder von den Grundsätzen *bei Verträgen* über Handlungen (Art. 1142 und 1148 des B. G. B.) auszugehen, noch der Notar in Betreff der Urkunden dem Schuldner einer species, welcher für den Schaden an der Sache haften muß, wenn er nicht beweist, daß er ohne sein Verschulden enstanden, gleichzustellen ist;

Daß vielmehr, da der Grund jener Verantwortlichheit der Notarien nur in ihren Amtspflichten zu finden ist, Schadensklagen auf diesem Fundamente nur durch den Beweis des Verschuldens und seines ursachlichen Zusammenhanges mit der Beschädigung begründet werden können;

Daß daher, wenn auch der Notar in Absicht auf die formelle Gültigkeit der Urkunden amtliche Diligenz zu prästiren und diese namentlich auch bei der Prüfung der Habilität der Instrumentszeugen anzuwenden *hat*, doch bei der Ungültigkeit eines Testamentes wegen Verwandtschaft des Testirers mit einem der Instrumentszeugen, nicht ohne Weiteres davon ausgegangen werden kann, daß die Untauglichkeit des Zeugen dadurch, daß der Notar seine Amtspflicht versäumt, nicht vor dem Akte an den Tag gekommen, vielmehr außer den Fällen, in welchen die Constatirung durch die Urkunde vorgeschrieben und die Schadensklage auf Unterlassung dieser Constatirung gegründet ist, der Kläger die Umstände, aus welchen die Verabsäumung des Notars, und daß aus derselben der Schaden entstanden, folgt, darzuthun hat;

Daß, wenn auch das angegriffene Urtheil den Notar mit einem Bevollmächtigten der Betheiligten assimilirt und für den Umfang seiner Verpflichtung den Art. 1992 des B. G. B. bezogen, dasselbe dennoch die Beweislast richtig festgestellt und demgemäß die Entscheidung getroffen hat;

Aus diesen Gründen

verwirft der Königl. Revisions- und Cassationshof den gegen das Urtheil des Rh. A. G. H. vom 10. Juni 1851 eingelegten Cassationsrecurs als ungegründet unter Verurtheilung der Cassationskläger in die Succumbenzstrafe und in die Kosten.

Sitzung vom 25. Mai 1852.

II. Fall.

Bendermacher — Ismar.

Wie schon im Bde. 46. 1. 111 bemerkt, befand sich der Notar Bendermacher zu Lechenich, indem bei Aufnahme des Testaments von Jakob Ismar der mit den ernannten Universallegatarien im vierten Grade verschwägerte Peter Pauli ebenfalls als Instrumentszeuge zugezogen worden war, identisch in demselben Falle, wie dort der Notar Gansen, mit dem einzigen Unterschiede, daß das Testament, welches der Letztere aufgenommen hatte, unter der Herrschaft der Not. O. vom 25. April 1822, dagegen das von dem Notar Bendermacher aufgenommene noch unter der Herrschaft des Gesetzes vom 25. Ventose XI. errichtet worden war.

Auch in dieser Sache verurtheilte das Königl. Landgericht zu Bonn den Verklagten zum Schadensersatze und verordnete die Liquidation des Schadens. — Gegen diese Entscheidung vom 7. Januar 1851 appellirte der Verklagte mit dem Antrage: die Klage abzuweisen, dem Appellaten die Kosten beider Instanzen zur Last zu legen und die Rückgabe der Strafgelder zu verordnen, aus den in der ersten Instanz angeführten Gründen und weil dem Kläger der Beweis obliege, nicht nur nach allgemeinen Grundsätzen, sondern auch deshalb, weil Verklagter im Richtigkeitsprozesse seine Diligenz noch habe nachweisen können, Kläger aber erst nach dem Tode dreier Zeugen geklagt und selbst (soll wohl heißen: der Testator) die Zeugen gestellt habe.

Kläger beantragte die Verwerfung der Berufung und bot subsidiarisch den nachfolgenden selbst durch Zeugen zu führenden Beweis an: „daß der Appellant vor der am 24. Mai 1821 stattgehabten Aufnahme des Testaments des Jakob Ismar die zu demselben zugezogenen Zeugen, namentlich den Zeugen Peter Pauli nicht darüber befragt habe, ob sie, und namentlich der Peter Pauli mit dem Legatar Christian Ismar verwandt oder verschwägert seien, daß der Appellant auch den Testator bei Aufnahme des Testaments nicht hierüber befragt habe,“ worauf der Königl. Appellationshof zu Köln die Berufung unter Verurtheilung des Appellanten in Strafe und Kosten verwarf, indem er erwog: „daß das von dem Königl. Notar Bendermacher unterm 24. Mai 1821 aufgenommene Testament aus dem Grunde vernichtet worden ist, weil der als Instrumentszeuge zugezogene Peter Pauli mit den eingesetzten Legatarien im vierten Grade verschwägert, mithin zu jener Mitwirkung gesetzlich unfähig war; daß der instrumentirende Notar im Allgemeinen für die Erfüllung der gesetzlichen Formalitäten bei Aufnahme der Acte verantwortlich ist, zu jenen Formalitäten aber auch die gesetzliche Fähigkeit der Zeugen wesentlich gehört; daß nun Seitens des Appellanten der Beweis weder erbracht, noch erboten worden ist, daß der Notar bei Zulassung des genannten Zeugen den ihm gesetzlich obliegenden positiven Fleiß aufgewendet habe, mithin die eingelegte Berufung zu verwerfen ist“ rc.

Zur Rechtfertigung des gegen diese Entscheidung wegen Verletzung resp. falscher Anwendung des Gesetzes vom 25. Ventose XI. Art. 1, 3, 8 bis 12, 68, Art. 1350, 1353, 1382, 1383, 1315 des B. G. B. ergriffenen Cassationsrecurses wurde angeführt:

Da das Testament unter dem Ventose-Gesetze errichtet worden, so würde der Notar wegen des aus seiner Nichtigkeit entstandenen Schadens nicht unbedingt, sondern nur nach dem Ermessen des Richters — s'il y a lieu — regreßpflichtig sein, wenn er, was nicht der Fall, gegen die ihm in den Art. 6, 8, 9, 10, 14, 20, 52, 64, 65, 66 und 67 auferlegten Pflichten verstoßen hätte.

Dies Gesetz verlange vom Notar nur Kenntniß des Namens, des Standes und der Wohnung der Zeugen und verpflichte ihn nicht, dafür zu sorgen, daß die Zeugen mit den Legatarien nicht verschwägert seien, indem es eine desfallsige Interpellation an die Zeugen und deren Erwähnung im Testament nicht vorschreibe; auch sei der Notar, welcher die Zeugen vorfinde und in deren Gegenwart den ihm vorher unbekannten Willen des Testators nach dessen Diktat niederschreibe, gar nicht in der Lage, die Schwägerschaftsverhältnisse feststellen zu können, und könne ihm daher ein von ihm nicht verursachtes Versehen nicht angerechnet werden, welches dem Diktat nicht vorangehe, sondern durch dasselbe erst erzeugt werde. Auch nach dem jetzigen Stande der Gesetzgebung würde der Notar nicht regreßpflichtig sein. Notariats-Ordnung von 1822, §. 58, und vom 11. Juli 1845, §. 5, 7, 41, 43.

Halte man die allgemeinen Gesetze für anwendbar, so hafte der Notar, da er zu den Parteien in keinem Kontraktsverhältniß stehe, nicht ihr Mandatar sei, doch nur wie jeder andere Beamte, d. h. nur im Fall einer vertretbaren und die Nichtigkeit des Aktes zur Folge habenden, ihm zu beweisenden culpa, diese bestehe in einem fait oder in einer *négligence* des Notars. Art. 1382, 1315 des B. G. B., L. 1. Cod. de probat, L. 4, Cod. de edendo, Art. 1383 des B. G. B., L. 8. §. 1, L. 27, §. 9, L. 30, §. 3, L. 52, § 2, ad leg. aquil. Behaupte man: die Zeugen seien à la charge des Notars und folglich reiche der Beweis ihrer Inhabilität zur Begründung der Klage aus, so sei jener Obersatz doch unrichtig und in keinem Gesetz enthalten — was mit Rücksicht auf ältere und neuere Gesetze weiter ausgeführt wird. Behaupte man ferner: die formelle Richtigkeit des Aktes lasse die culpa des Notars präsumiren, so werde eine solche praesumtio juris im vorliegenden Fall vom Specialgesetz reprobirt und im Art. 1350 des B. G. B. nicht anerkannt, als praesumtio facti aber (Art. 1353 des B. G. B.) würde sie erfordern die Beweispflicht des Klägers und das Anerkenntniß des Richters der durch diese Präsumtion erfolgten Beweisführung, die Verurtheilung des Verklagten wegen nicht erbotenen Gegenbeweises und daß der Richter jene Präsumtion aus den Specialitäten des Falles geschöpft habe. Das angegriffene Urtheil habe aber den Verklagten verurtheilt, weil er sofort den Ungrund der Klage hätte beweisen müssen, habe Specialitäten des Falles gar nicht erwogen, sondern allgemeine angeblich rechtliche Principien zur Anwendung gebracht, welche — schon durch das *s'il y a lieu* des Art. 68 widerlegt — dem Notar Pflichten auferlegen, welche dem Gesetz, der Billigkeit, dem Interesse des Publikums und dem Rechtsgefühl widerstreiten.

Endlich sei aber auch — conf. Sirey 47. 1. 577. — die Praxis wenigstens in Betreff der Beweislast durch das Urtheil der hiesigen Stelle in causa Jsmar wider Gansen vom 25. Mai 1852 für immer

firirt worden und darnach die Vernichtung des Urtheils unbedenklich. Mit Rücksicht auf das zuerst Angeführte sei der Subsidiar-Antrag des Appellaten unbegründet, aber auch unerheblich, indem er sich nur auf das Verwandtschafts-Verhältniß des Christian Jsmar beziehe und der Beweis zu erbieten gewesen wäre, daß Verklagter auch in Betreff des Michael Jsmar dessen Verwandtschaft festzustellen unterlassen und daß er es gewesen, welcher die Zeugen gestellt habe.

Das Cassationsgesuch ist der Wittwe des inzwischen verstorbenen Michael Jsmar für sich und als Vormünderin ihrer Kinder, dem Nebenvormunde und den Kindern erster Ehe des Michael Jsmar zugestellt, von welchen letztern jedoch die am 15. Juli 1852 geladenen Eheleute, Ackerer Peter Joseph Hommerich und Maria Rosa Elisabeth Jsmar zu Bethlem, Kreises Bergheim, keinen Anwalt bestellt haben. Die übrigen genannten Erben des Michael Jsmar führen in ihrer Denkschrift zuvörderst aus, daß das Urtheil hiesiger Stelle vom 25. Mai 1852 — wonach der Notar hinsichtlich der formellen Gültigkeit der Urkunden amtliche Diligenz zu prästiren und diese namentlich auch bei der Prüfung der Habilität der Instrumentszeugen anzuwenden habe — mit dem angegriffenen Urtheil übereinstimme, indem dasselbe erwäge, daß der Notar im Allgemeinen für die Erfüllung der Formalitäten, wozu die gesetzliche Fähigkeit der Zeugen gehöre, verantwortlich sei und fahren dann fort: Das angegriffene Urtheil gehe nur in seiner weiteren Erwägung davon aus, daß der Notar bei vorliegender formeller Richtigkeit in irgend einer Weise zu erkennen geben müsse, daß er amtliche Diligenz prästirt, den ihm obliegenden positiven Fleiß angewendet habe. Vermöge er in dieser Beziehung keine Aufschlüsse zu geben, so rechtfertige sich die Annahme, daß er amtliche Diligenz nicht prästirt habe, eine Annahme, welche gegen kein Gesetz verstoße. Auf welcher Seite die Beweislast liege, lasse sich in Fällen der vorliegenden Art nicht genau abgrenzen, indem es auf die Beschaffenheit des Formfehlers ankomme. So werde der Richter, wenn ein Zeuge zu wenig zugezogen worden, dem Kläger gewiß nicht erst den Beweis der culpa des Notars abfordern, sondern den Notar etwa nur noch damit hören, daß er Alles gethan, um die nöthige Anzahl Zeugen zu adhibiren. Der Art. 1315 des B. G. B. sei daher nicht verletzt. Eventualiter würde aber der subsidiarisch angebotene Beweis erheblich sein und endlich sei noch anzuführen, daß die Zeugen nicht sämmtlich verstorben, wie es im Cassationsgesuch heiße, sondern daß Einer noch lebe, was aus dem Urtheil erster Instanz erhelle und in dessen Qualitäten vom Cassationskläger selbst angeführt sei.

Urtheil:

J. E., daß gegen die gehörig geladenen, aber nicht vertretenen Eheleute Peter Joseph Hommerich und Maria Rosa Elisabeth Jsmar zu Bethlem, Kreises Bergheim in contumaciam zu verfahren ist;

Daß die Beobachtung der gesetzlichen Förmlichkeiten der von einem Notar aufzunehmenden Urkunden, mithin auch die Prüfung der Habilität der Testamentszeugen eine Amtspflicht des Notars ist, deren Vernachlässigung ihn, nach Umständen, für die durch Anwendung unfähiger Zeugen herbeigeführte Nichtigkeit des Testaments und den daraus entstandenen Schaden verantwortlich machen kann;

Daß aber das Gesetz vom 25. Ventose XI. und das B. G. B. unter deren Herrschaft das fragliche Testament errichtet wurde, den Notar nicht verpflichten, jene erfolgte Prüfung im Testamente zu constatiren und eben

so wenig für den Fall der Nichtigkeit eines Testaments wegen Inhabilität der Zeugen die rechtliche Vermuthung aufstellen, daß der Notar jene Prüfung unterlassen habe;

Daß daher der Kläger vorbehaltich des Gegenbeweises das Fundament seiner Klage, die culpa des Notars, dessen Nachlässigkeit in Anstellung jener Prüfung zu erweisen hat, und somit das angegriffene Urtheil, indem es den Verklagten sofort für beweispflichtig erachtete, den Art. 1315 des B. G. B. verletzte und statt dessen über die Erheblichkeit des subsidiarischen klägerischen Beweiserbietens über die culpa des Verklagten hätte erkennen sollen;

Aus diesen Gründen

vernichtet das Königl. Ober-Tribunal, fünfter Civilsenat (Rh. Senat) gegen die Eheleute Peter Joseph Hommerich und Maria Rosa Elisabeth Ismar zu Bethlem, Kreises Bergheim in contumaciam erkennend, das Urtheil des Königl. A. G. H. zu Köln vom 26. März 1852, verordnet die Beschreibung dieses Urtheils am Rande des vernichteten, sowie die Rückgabe der Succumbenzgelder, legt den Cassationsverklagten die Kosten zur Last und weiset die Sache zur ferneren Verhandlung und Entscheidung an den I. Senat des gedachten Hofes.

Sitzung vom 25. Januar 1853.

Ref.: H. G. O. Tr. R. Hermes. — Concl.: H. G. St. A. Grimm.
Advokaten: Volkmar — Dorn.

Authentischer Act. — Landrath. — Doppelte Ausfertigung.

Ein von einem Landrath aufgenommener Act, durch welchen ein zwischen einem Privaten und einer Gemeinde zustandegekommenes Vertragsverhältniß beurkundet wird, ist weder als ein authentischer, noch, insofern er nicht doppelt ausgefertigt ist, als ein gültiger Privatact zu betrachten.

Art. 1317, 1318, 1325 B. G. B.

Gemeinde Selhausen — Ingermann.

Gegen das oben Abth. 1. S. 78 in vorgenannter Sache mitgetheilte Urtheil des A. G. H. ist der Rekurs ergriffen, von dem Königl. Ober-Tribunal aber verworfen worden, indem dieses erwog:

Auf das erste Cassationsmittel:

Daß demselben eine thatsächliche Feststellung über die Natur des Akts vom 12. Mai 1820 nicht, wie behauptet worden, entgegensteht, da die Frage, ob derselbe eine authentische oder Privat-Urkunde sei, von rechtlichen Erfordernissen abhängt;

Daß keine gesetzliche Vorschrift im Allgemeinen den Landräthen die Befugniß ertheilt, Urkunden über den Abschluß von Verträgen mit authentischem Charakter im Sinne des Art. 1317 des B. G. B. aufzunehmen,

der vorliegende Vergleich zwischen der Gemeinde Selhausen und Ingermann auch nicht zu den Fällen der Ausnahme gehört, und eine solche daraus nicht zu folgern ist, daß die Gemeinde Selhausen unter der administrativen Aufsicht des Landraths zu Düren steht und die Regierung Vergleiche derselben zu bestätigen hat;

Daß der Art. 1318 a. a. O. nach seiner Verbindung mit dem Art. 1317 sich nur auf die zur Aufnahme authentischer Urkunden an sich bestimmten Beamten und deren Akte bezieht, nicht aber von dem Falle redet, wenn ein Beamter Akte verbrieft, deren Beurkundung überhaupt außerhalb der Amts-Attributionen desselben liegt;

Daß daher der A. G. H., indem er den von dem Königl. Landrath zu Düren am 12. Mai 1820 aufgenommenen Vergleich nicht als einen authentischen Akt betrachtete, sondern diese Urkunde als Privat-Urkunde und in Bezug auf doppelte Ausfertigung lediglich nach der Vorschrift des Art. 1325 beurtheilte, keine der angeführten Gesetzesstellen verletzt hat;

Auf das zweite Cassationsmittel:

Daß hinsichtlich der Frage, ob der Hof der Cassationsverklagten früher zu der Gemeinde Selhausen gehört habe, eine Theilung des Geständnisses der Cassationsklägerin nicht vorliegt, da der A. G. H. in dem letzten Erwägungsgrunde ausdrücklich anführt, daß die Appellatin zwar diesen Umstand in Abrede stelle, daß es aber feststehe, d. h. daß es auf andere Weise als durch Zugeständniß nachgewiesen sei, daß der Hof schon im Jahre 1818 zu der Gemeinde Selhausen gehört habe, woraus dann die Folgerung gezogen wird, daß die Cassationsklägerin, wenn sie behaupten wolle, noch früher sei es anders gewesen, dieses nachweisen müsse.

Sitzung vom 25. Januar 1853.

Advokaten: Dorn — Volkmar.

Bergwerks-Inhaber. — Entschädigungspflicht.

Der Inhaber einer Conzession zum Bergwerksbetriebe ist als Eigenthümer des Bergwerks berechtigt, sich desselben in jeder nicht verbotwidrigen Weise zu bedienen. Er ist daher nicht verpflichtet den Schaden zu ersetzen, welcher ohne besonderes Verschulden durch conzessionsmäßige Anlagen für diejenigen Bodeneigenthümer entsteht, deren Grundstücke von den bergmännischen Arbeiten unberührt bleiben. Er ist z. B. nicht verantwortlich für das durch die Eröffnung eines Schachtes verursachte Versiegen eines Brunnens im Conzessionsfelde. Ges. vom 21. April 1810.

Gewerkschaft Kirchfeld u. Heidgen — Fischer.

Der Gastwirth Fischer zu Eilendorf ließ die Gewerkschaft von Kirchfeld und Heidgen den 2. Juni 1847 vor das Landgericht zu Aachen laden, damit sie verurtheilt werde, ihn dafür zu entschädigen, daß sie den

Brunnen seiner beiden, zu Eilendorf belegenen Häuser durch Anlage eines neuen Stollens in ihrem Concessionsfelde das Wasser entzogen hätten. Die Klage wurde gegründet auf das Bergwerksgesetz vom 21. April 1810, welches die Concessionsinhaber verpflichtet, den Eigenthümern der Oberfläche allen ihnen durch die bergmännischen Arbeiten verursachten Schaden zu ersetzen.

Durch Urtheil vom 12. August 1847 wurde dem Kläger der Beweis durch Zeugen und Sachverständige auferlegt, daß:

1) die verklagte Gewerkschaft einen neuen Stollen angelegt,

2) daß hierdurch die Brunnen des Klägers trocken gelegt worden seien.

Die Sachverständigen gaben ihr Gutachten dahin: daß kein neuer Stollen angelegt, wohl aber durch Aufgewältigung eines von 1807 — 1811 getriebenen tiefen Stollens die im Jahre 1845 erfolgte Trockenlegung erfolgt sei.

Das Landgericht verurtheilte jetzt durch Urtheil vom 5. Juli 1850 die Gewerkschaft zur Schadloshaltung des Klägers und in die Kosten, indem die schon ernannten Sachverständigen mit Ermittelung der Höhe des Schadens beauftragt wurden.

Die Berufung der Gewerbschaft hat der Appellationsgerichtshof durch Erkenntniß vom 8. März 1852 verworfen.

Beide Richter nehmen thatsächlich an: daß der Stollen zwar kein neu angelegter sei, daß aber durch die im Jahre 1845 an dem vorhandenen Stollen vorgenommenen bergmännischen Arbeiten die Trockenlegung der Brunnen stattgefunden habe. Der erste Richter erwog indeß, daß der alte Stollen schon 1810 zusammengestürzt sei und in Beziehung auf die Oberfläche seitdem als nicht vorhanden angesehen werden müsse.

Der Appellationsrichter führt aus: es beziehe sich zwar die Klage und das Interlocut auf die Anlage eines neuen Stollens, aber das eigentliche Klagefundament bestehe doch in den 1845 vorgenommenen bergmännischen Arbeiten und es sei also gleichgültig, ob diese als neue Anlage oder nur als Aufräumung einer schon vorhandenen aufgefaßt würden.

Der Appellationsrichter stellt nun weiter thatsächlich fest, daß der Stollen das Eigenthum des Klägers in dem durch Art. 552 des B. G. B. bestimmten Umfange nicht berühre, also sich nicht unter der Bodenoberfläche der Grundstücke des Klägers befinde; allein er deducirt, daß es hierauf nicht ankomme, da das Bergwerksgesetz die Concessionsinhaber im Allgemeinen für allen Schaden verantwortlich mache, der für die Bodeneigenthümer in dem Conzessionsfelde entstehe, und daß es sich in diesem Rechtsstreite von in dem Concessionsfelde vorfindlichen Brunnen handle.

Die Gewerkschaft hat gegen dieses Erkenntniß den Cassationsrecurs rechtszeitig eingelegt und gründet denselben:

I. Auf Verletzung des Art. 61 Nro. 3 der B. P. O. und Machtüberschreitung, weil die Klage das Fundament anzugeben habe, aus dem geklagt werde, und weil der Richter seine Beurtheilung auf das von dem Kläger gewählte Fundament zu beschränken habe, hier aber in dem Laufe des Rechtsstreites das Fundament verändert worden, und der Richter diese Aenderung zugelassen habe, da der anfänglich behaupteten Anlage eines neuen Stollens die Anfräumung eines alten Stollens substituirt worden. Nicht der Erfolg allein, das Trockenlegen der Brunnen, sondern auch die verursachende Handlung, die Anlage eines neuen Stollens, bilde das Klagefundament, welches die richterliche Entscheidungsbefugniß begrenze.

Es wird II. behauptet, Verletzung oder falsche Anwendung der folgenden Gesetzesstellen: der Art. 1382 und 1383 des B. G. B., weil weder eine vorsätzliche, noch eine durch Verschulden entstandene Beschädigung vorliege, vielmehr die Gewerkschaft sich bei den vorgenommenen Arbeiten in ihrem concessionsmäßigen Rechte befunden habe; des Art. 2 des B. G. B., weil gegen das Verbot der Rückanwendung von Gesetzen das Bergwerksgesetz vom 21. April 1810 auf das schon vor dessen Einführung concedirte Bergwerk angewendet worden und weil festgestellt sei, daß die Stollenanlage, also die beschädigende Handlung, schon 1807 stattgefunden habe; das damals gültige Bergwerksgesetz vom 28. Juli 1791 (Art. 1, 2, 20, 21, 24) berücksichtige aber nicht den Schaden, welcher Bodeneigenthümern überhaupt verursacht werde, sondern nur den Schaden, welchen der Eigenthümer erleide, unter dessen Oberfläche die Anlage unternommen werde; der Art. 45, 15, 43, 44, 50 des Bergwerksgesetzes vom 21. April 1810, denn wenn auch das Bergwerksgesetz die Schadensersatzverbindlichkeit nicht ausdrücklich von einem Eingriffe in fremdes Eigenthum abhängig mache, so habe sich dieses doch nach allgemeinem Grundsatze von sebst verstanden; es müßte dieser allgemeine Grundsatz als entscheidend eben deshalb betrachtet werden, weil er durch das Specialgesetz nicht ausdrücklich aufgehoben worden sei; der hiernach maaßgebenden Art. 544, 552, 1382 und 1383 des B. G. B., und insofern diese Artikel, die, des Specialgesetzes ungeachtet, in Kraft geblieben, nicht angewendet worden, des Art. 1 des B. G. B., des Art. 45 des Bergwerksgesetzes vom 21. April 1810, welcher von dem Appellationsrichter vorzugsweise angewendet worden, aber nicht von dem vorliegenden Falle rede, nämlich dem Verhältnisse des Bergwerkseigenthümers zu dem Bodeneigenthümer, sondern von dem Verhältnisse benachbarter Grubeneigenthümer zu einander; was hier von Gruben-Nachbarn in dem Interesse der Beförderung des Bergbaues bestimmt sei, könne nicht zur Erschwerung desselben auf die Eigenthümer bloß benachbarter Grundstücke ausgedehnt werden; des Art. 15 des Bergwerksgesetzes, weil er sich allein auf die Arbeiten unter der Oberfläche eines Eigenthümers bezöge; der Art. 43 und 44 dieses Gesetzes, weil in diesen deutlich nur von Eingriffen in das Recht des Bodeneigenthümers die Rede sei, woraus umgekehrt geschlossen werden müsse, daß eine Entschädigung nicht zu leisten sei, wenn die Rechtssphäre des Bodeneigenthümers unberührt bleibe; endlich des Art. 80 des Bergwerksgesetzes, weil dieser nur die polizeilichen Maaßregeln zum Gegenstande habe, welche in dem Falle einer mit Gefahr verbundenen Art des Betriebes getroffen werden könnten.

In der Exceptionsschrift werden auf das erste Cassationsmittel die schon von dem Appellationsrichter angeführten Gründe dafür, daß eine Aenderung des Klagefundamentes nicht vorliege, näher entwickelt.

Auf das zweite Cassationsmittel wird bemerkt: schon der Art. 21 des Bergwerksgesetzes vom 28. Juli 1791 mache den Concessionsinhaber im Allgemeinen verantwortlich für die den Bodeneigenthümern entstehenden Nachtheile.

Es komme aber auch dies Gesetz nur in Betracht, soweit es sich von dem durch die Expropriation begründeten Rechtsverhältnisse zwischen Concessionair und Bodeneigenthümer handele, nicht soweit die Ausübung des erworbenen Eigenthums mit ihren Folgen in Frage stehe.

Hier entscheide allein das Gesetz zur Zeit der Ausübungs-Handlungen, das Gesetz habe die besondere Gefahr für benachbarte Eigenthümer durch

die bergmännischen Anlagen berücksichtigt. Wenn es einen Cautionsanspruch im Art. 15 beilege, so sei damit der Entschädigungsanspruch, welcher sichergestellt werden müsse, für nachtheilige Unternehmungen in der Nachbarschaft vorausgesetzt.

Das hier erwähnte Merkmal der Unmittelbarkeit der Nachbarschaft beschränke aber nicht den Anspruch auf Schadensersatz, sondern nur den Cautionsanspruch, der durch die Dringlichkeit der Gefahr bedingt werde.

Daß auch die Trockenlegung eines Brunnens Grund zur Entschädigungsklage gebe, wird mit der Autorität von Delebèque als unzweifelhaft bezeichnet.

Urtheil:

J. E., daß die Art. 43 und 44 des Bergwerksgesetzes vom 21. April 1810 zwar den Bergwerkseigenthümern die Verpflichtung auferlegen, den Eigenthümer des Bodens zu entschädigen, auf dessen Grundstück sich die unternommenen Arbeiten erstrecken;

Daß diese Artikel sich darauf gründen, daß die Concession eine Entziehung der Rechte enthält, welche dem Eigenthümer des Bodens nach Art. 552 zur Verhinderung fremder Arbeiten unter dessen Oberfläche zustehen würden;

Daß aber keine Bestimmung vorhanden ist, welche den Inhaber der Concession verpflichtet, den Schaden zu ersetzen, welcher ohne besonderes Verschulden durch concessionsmäßige Anlagen für Eigenthümer entsteht, deren Grundstücke von den bergmännischen Arbeiten unberührt bleiben;

Daß das Concessionsfeld eine Einheit nur für den Concessionsinhaber bildet, nicht für die verschiedenen Bodeneigenthümer, welche Grundstücke darin haben, bezüglich auf das Recht, Entschädigung *wegen durch* bergmännische Arbeiten erlittener Nachtheile zu fordern;

Daß durch die Concession nach Art. 7 des angeführten Gesetzes das Eigenthum an dem concedirten Bergwerk erworben wird, welches nach Art. 544 des B. G. B. das Recht begründet, sich desselben in jeder nicht verbotwidrigen Weise zu bedienen;

Daß die Ausübung dieses Rechtes Schadensersatzansprüche auf den Grund der Art. 1382 u. 1383 des B. G. B. ausschließt;

Daß der Art. 45 des Bergwerksgesetzes eine Specialbestimmung ist, welche sich lediglich auf die Verpflichtungen der Eigenthümer benachbarter Gruben gegen einander bezieht;

Daß der Art. 15 des Bergwerksgesetzes nur den Cautionsanspruch regelt, welcher durch die Gefahr für den Bodeneigenthümer daraus entsteht, daß in unmittelbarer Nachbarschaft seiner Gebäude oder cultivirten Grundstücke bergmännische Arbeiten unternommen werden;

Daß aber daraus nicht folgt, daß er auch dann Entschädigungsansprüche habe, wenn aus der vorhandenen Gefahr keine Beeinträchtigung seiner Eigenthumsrechte hervorgeht, welche sich nach Art. 552 des B. G. B. nur auf die Oberfläche und dasjenige, was sich über oder unter derselben befindet, erstrecken;

Daß der Art. 50 des Gesetzes vom 21. April 1810 nur polizeiliche Maaßregeln für den Fall eines gefährlichen Betriebs zum Gegenstande hat, und gar nicht von der Rücksicht auf Nachbarbrunnen, sondern nur von Benutzungsweisen, welche die Erhaltung der Schächte (puits) in Gefahr setzen, zu verstehen ist;

Daß die angegriffene Entscheidung also die angeführten Stellen des Bergwerksgesetzes unrichtig anwendet, indem sie auf Grund derselben wegen des durch den Bergbau des Cassationsklägers entstandenen Versiegens eines Brunnens Entschädigung zuerkannt hat, da thatsächlich feststeht, daß der Cassationskläger weder auf, noch unter dem Eigenthum des Cassationsverklagten, noch in unmittelbarer Nähe desselben bergmännische Arbeiten unternommen hat;

Aus diesen Gründen

cassirt das Königl. Ober=Tribunal, V. Civilsenat (Rheinischer Senat), das Erkenntniß des Rh. Appellationsgerichtshofes vom 8. März 1852, verurtheilt den Cassationsverklagten in die Kosten, verordnet die Rückgabe der Succumbenzstrafe und die Beischreibung dieses Erkenntnisses an dem Rande des cassirten, und zur Sache selbst erkennend, aus den vorstehenden Gründen reformirt das Königl. Ober=Tribunal, V. Civilsenat (Rheinischer Senat), das Urtheil des Landgerichtes zu Aachen vom 5. Juli 1850, weis't die erhobene Entschädigungsklage unter Verurtheilung des Appellaten in die Kosten beider Instanzen ab, und verordnet die Rückgabe der Strafgelder zweiter Instanz.

Sitzung vom 22. März 1853.

Ref.: H. G. O. Tr. R. von Daniels. — Concl: H. G. St. A. Grimm.

Advokaten: Reusche — Dorn.

Buchhandel. — Gebet= und Erbauungs=Bücher. — Kalender.

Zu dem wesentlichen Begriffe des Buchhandels, des Handels mit Büchern, gehört es nicht, daß alle Arten von Büchern zum Verkaufe gehalten werden. Vielmehr sieht die Gesetzgebung auch den Handel mit nur gewissen Arten von Büchern als Buchhandel an und kommt dabei namentlich die Qualität derselben als Gebet= und Erbauungs=Bücher nicht in Betracht. — Es dürfen daher keine andere, als concessionirte Personen, mit dergleichen Büchern Handel treiben.

Ges. v. 12. Mai 1851. §. 1. — Allg. Gewerbe=Ord. v. 17. Januar 1845. §. 48. — Allerh. Cab.=O. v. 11. Juni 1847.

Oeffentl. Ministerium — Welter u. Klinkenberg.

Auf den schriftlichen Antrag des Herrn General=Staats=Anwalts bei dem Köngl. Ober=Tribunal folgenden Inhalts:

Dem ' nigl. Ober=Tribunale beehre ich mich, in Folge des mir durch anlieger rfügung des Herrn Justizministers vom 21. Dezember v. J. ertheilte rages ein Urtheil zur Vernichtung im Interesse des Gesetzes anzuzeig welches in der Untersuchungssache wider die Kleinhändler Jakob Welter und Mathias Klinkenberg zu Montjoie von dem Zuchtpolizei=Gericht zu Aachen am 25. September 1852 erlassen worden ist.

Nach den beigefügten Verhandlungen wurden die genannten Beschuldigten durch Beschluß der Strafraths-Kammer des Landgerichts zu Aachen vom 18. August 1852, auf Grund des §. 1. Absatz 1. des Gesetzes über die Presse vom 12. Mai 1851 (Gesetz-Samml. S. 273), vor das Zuchtpolizeigericht verwiesen, als hinreichend beschwert:

> innerhalb der letzten Jahre, ohne Genehmigung der Bezirksregierung, das Buchhändler-Gewerbe betrieben zu haben.

Aus den Vorverhandlungen, welche diesem Beschlusse zum Grunde liegen, ergiebt sich der Gegenstand der Beschuldigung näher dahin:

> daß die Beschuldigten, welche in Montjoie einen kleinen Kramladen haben, in demselben einige Gebet- und Erbauungsbücher, so wie auch den Kalender (den kleinen hinkenden Boten) feil gehalten und verkauft haben.

Als die Bücher, welche Jakob Welter führe, wurden von ihm selbst bezeichnet: „der Weg des Lebens," „katholisches Gebetbuch," „himmlischer Palmgarten," „täglicher Gottesdienst," und als diejenigen, welche Mathias Klinkenberg verkaufe, wurden von ihm selbst angegeben: „die geheiligten Tage," „der betende Christ," „neues Meßbüchlein."

In der Hauptverhandlung, welche am 18. September 1852 Statt fand, erklärten beide Beschuldigten:

> „Wir haben allerdings die fraglichen Bücher zum Verkaufe gehalten, wir gehören aber nicht zur Kategorie der Buchhändler, liefern keine Bücher auf Bestellung, haben seit langer Zeit nur jene wenigen Bücher gehalten, welche in den Verhandlungen bezeichnet sind."

Die Staatsanwaltschaft trug dahin an, auf Grund des Gesetzes vom 12. Mai 1851 und des §. 177 der allgemeinen Gewerbeordnung, jeden der Beschuldigten zu zehn Thaler Geldbuße und beide solidarisch in die Kosten zu verurtheilen.

In der Sitzung vom 25. September 1852, zu welcher die Sache vertagt wurde, erging nun folgendes

Urtheil:

J. E., daß der sogenannte Buchhandel, dessen unconcessionirter, gewerbmäßiger Betrieb den Beschuldigten zur Last gelegt wird, den Verhandlungen zufolge sich dahin reducirt, daß dieselben in ihrem Kleinhandel (soll wohl heißen Kramladen) auch die allerüblichsten katholischen Gebetbücher gebunden und um Neujahr den „kleinen hinkenden Booten" feil hielten und verkauften;

Daß zufolge des §. 1 des Gesetzes vom 12. Mai 1851 ausdrücklich nur zum Gewerbebetriebe eines Buchhändlers eine Concession erforderlich ist;

Daß aber offenbar jener Verkauf einzelner Bücher aus einer Kategorie von Büchern, die gewissermaaßen zu den gewöhnlichsten Lebensbedürfnissen des gemeinen Mannes gehören, keinen Buchhandel im Sinne des bezogenen §. 1 bildet, wie zum Ueberfluß daraus hervorgeht, daß zu einem solchen Verkaufen approbirter Gebetbücher keins der Erforderniße Platz greifen kann, welche das Gesetz vom 17. Januar 1845, §. 48, an dessen Stelle nunmehr der §. 1 cit. tritt, zur Ertheilung der Concession voraussetzt;

J. E., daß eben so wenig eine andere, die Handlung der Beschuldigten betreffende gesetzliche Bestimmung existirt;

Daß namentlich die Allerh. Kabinetsordre vom 11. Juli 1847 nur den Verkauf solcher und ähnlicher Bücher durch Buchbinder als Ausnahme von der damaligen im §. 48 der Gewerbeordnung ausgesprochenen Regel gestattet, mithin jetzt, nach gesetzlicher Aufhebung jener Regel, nicht als eine verbietende Bestimmung gelten kann;

Aus diesen Gründen

erklärt die correktionelle Kammer beide Beschuldigte des ihnen zur Last gelegten Vergehens nicht überführt und spricht sie demnach von der Klage frei.

Dieses, wie bemerkt, am 25. September 1852 verkündigte Urtheil ist weder innerhalb der in dem Art. 204 der Strafprozeßordnung bestimmten 10tägigen, noch in der durch den Art. 205 ebendaselbst nachgelassenen zweimonatlichen Frist durch Berufung angegriffen; es ist daher rechtskräftig geworden.

Was zuvörderst die Thatsachen betrifft, welche jener Entscheidung zum Grunde liegen, so werden in dem Urtheile zwar die Worte gebraucht, der Verkauf habe sich auf „einzelne Bücher aus einer Kategorie von Büchern" beschränkt, allein der Zusammenhang der Entscheidungsgründe in Verbindung mit demjenigen, was die Beschuldigten zugestanden hatten, läßt über die faktische Annahme des Richters keinen Zweifel, daß die Beschuldigten nicht etwa gelegentlich einmal einzelne Exemplare von Büchern verkauft haben, sondern daß sie gewisse Arten von Büchern gewerbmäßig zum Verkaufe feil gehalten und verkauft haben.

Wenn nun aber das Urtheil in rechtlicher Beziehung ausführt, daß hierin nicht der Gewerbebetrieb eines Buchhändlers liege, so setzt es sich mit dem Gesetze in Widerspruch und verletzt namentlich den §. 1 des Gesetzes über die Presse vom 12. Mai 1851.

Denn es gehört nicht zu dem wesentlichen Begriffe des Buchhandels, des Handels mit Büchern, daß alle Arten von Büchern zum Verkaufe gehalten werden, wie es dann auch nicht selten vorkommt, daß Buchhändler ihren Handel auf gewisse Arten von Büchern beschränken. Eben so wenig kann es darauf ankommen, ob die zum Verkaufe gehaltenen Bücher mehr oder minder nothwendig gebraucht werden, ob sie, wie das Urtheil sagt, „gewissermaaßen zu den gewöhnlichsten Lebensbedürfnissen des gemeinen Mannes gehören" oder nicht, ob sie in Gebetbüchern oder andern Büchern bestehen.

Das Gesetz enthält nicht nur derartige Beschränkungen des Begriffes des Buchhandels nicht, sonderen es zeigt im Gegentheil der Inhalt der Allerh. Kabinetsordre vom 11. Juni 1847 (Gesetz-Samml. S. 260) welche die Regierungen ermächtigt, unbescholtenen und zuverlässigen Buchbindern, denen die Qualifikation der Buchhändler fehlt, den Verkauf gebundener Schul-, Gebet-, Erbauungs- und Gesangbücher zu gestatten, und welches zugleich verordnet, daß die hierzu geeigneten Bücher in ein, nach dem örtlichen Bedürfnisse aufzustellendes, von den Regierungen genehmigtes Verzeichniß aufgenommen werden sollen, daß die Gesetzgebung auch den Handel mit gewissen Arten von Büchern als Buchhandel ansieht, und daß die Art der Bücher, namentlich die Qualität derselben als Gebet- und Erbauungsbücher dabei nicht in Betracht kommt.

Um in Beziehung auf Buchbinder eine immer noch sehr beschränkte Ausnahme zu begründen, wurde eine positive Bestimmung erlassen, dabei jedoch zugleich eine andere Controllmaaßregel, nämlich die Aufnahme der

zu verkaufenden Bücher in ein von der Regierung aufzustellendes Verzeichniß, angeordnet.

Diese Bedeutung der Allerh. Kabinetsordre vom 11. Juni 1847, als eines Mittels, um den gesetzlichen Begriff des Buchhandels zu erläutern, die Unzulässigkeit der Beschränkungen darzuthun, welche das Urtheil vom 25. September 1852 hineinlegt, ist dadurch nicht beseitigt, daß der §. 1 des Gesetzes vom 12. Mai 1852 die Bedingungen der Concessionsertheilung für das Buchhändlergewerbe anders, als der §. 48 der Gewerbeordnung bestimmt hat, ohne jedoch an dem Begriff des Buchhandels, wie er bis dahin in der Gesetzgebung aufgefaßt war, irgend etwas zu ändern.

Wenn in dem mehrerwähnten Urtheile noch darauf Gewicht gelegt wird, daß zu einem Verkaufe approbirter Gebetbücher keins der Erfordernisse Platz greifen könne, welche die Gewerbeordung im §. 48, an dessen Stelle nunmehr der §. 1 des Gesetzes vom 12. Mai 1851 getreten, zur Ertheilung einer Concession voraussetze, so zerfällt dieser Grund durch die Erwägung, daß eine gesetzliche Bestimmung, welche allgemein lautet, nicht wegen der vermeintlichen ratio legis beschränkt werden darf, und zwar um so weniger, als, wie bemerkt, die Allerh. Kabinetsordre vom 11. Juni 1847 darüber keinen Zweifel läßt, daß eine derartige Beschränkung von der Gesetzgebung keineswegs beabsichtigt worden ist. Wäre es aber auch zulässig aus dem Grunde des Gesetzes zu argumentiren, so würde auch dieser eine Beschränkung nicht rechtfertigen, weil nur dann, wenn keine andere als concessionirte Personen Bücher, welcher Art sie auch seien, verkaufen dürfen, eine wirksame Ueberwachung des Buchhandels möglich und diejenige Garantie vorhanden ist, welche in der ausschließlichen Berechtigung concessionirter Personen zum Gewerbebetriebe der Buchhändler liegt.

Hiernach trage ich mit Rücksicht auf den Art. 441 der Straf-Prozeßordnung dahin an:

das Königl. Ober-Tribunal wolle das in der Untersuchungssache wider die Kleinhändler Jakob Welter und Mathias Klinkenberg zu Montjoie von dem Zuchtpolizeigericht zu Aachen am 25. September 1852 erlassene Urtheil im Interesse des Gesetzes vernichten und die Beischreibung des zu erlassenden Urtheils am Rande des vernichteten verordnen.

Berlin, den 16. Februar 1853.

Der General-Staatsanwalt
(gez.) Grimm.

Nach Anhörung des Herrn Ober-Tribunalsrathes Broicher in seinem Vortrage, so wie des Herrn General-Staatsanwalts Grimm in seiner Erklärung, daß er seinem schriftlichen Antrage nichts hinzuzufügen habe;

Cassirt das Königl. Ober-Tribunal, Senat für Strafsachen, II. Abtheilung, indem es den, in dem Antrage des Königl. General-Staatsanwalts vom 16. Februar dieses Jahres vorgetragenen Gründen beitritt, das von dem Zuchtpolizeigerichte zu Aachen in der Untersuchungssache wider die Kleinhändler Jakob Welter und Mathias Klinkenberg am 25. September 1852 erlassene Urtheil im Interesse des Gesetzes und verordnet die Beschreibung des gegenwärtigen Urtheils am Rande des cassirten.

Sitzung vom 31. März 1853.

Ref.: G. O. Tr. R. Broicher. — Concl.: H. G. St. A. Grimm.

Polizeiverordnung. — Unterlassene Anmeldung des Gesindes. — Verjährung.

Ist durch eine Polizeiverordnung die Anmeldung des Gesindes binnen einer bestimmten Frist nach dem Eintritte bei Strafe geboten, so ist zwar die Uebertretung vollendet, sobald jene Frist ohne erfolgte Anmeldung verstrichen ist; die Verjährung jener Uebertretung läuft aber erst von dem Zeitpunkte an, in welchem entweder das Gesinde während des Dienstes angemeldet oder aus dem Dienste entlassen ist *).

Oeffentliches Ministerium — Jägers.

Als die Dienstmagd Rebecka Claßen am 29. October 1852 dem Bürgermeister zu Lank, Behufs ihrer Abmeldung nach Crefeld, ein Gesindebuch vorlegte, in welchem ein Attest des Ackerers Franz Jäger zu Nierst eingeschrieben war, besage dessen die rc. Claßen vom 1. October 1851 bis 1. October 1852 bei dem Aussteller gedient hatte, ergab sich, daß Jägers die Claßen gar nicht angemeldet hatte, indem dieselbe weder in der Klassensteuerrolle, noch in den Zugangsregistern eingetragen war, und wurde daher Jägers, auf Grund der Verordnungen der Königl. Regiernng zu Düsseldorf vom 28. Januar 1838 und 12. Februar 1852 vor das Polizeigericht zu Uerdingen gefordert, wo der Beschuldigte der gehörigen Vorladung ungeachtet nicht erschien und der Polizei-Anwalt eine Geldbuße von einem Thaler event. Gefängniß von einem Tage beantragte, das Polizeigericht aber durch das am 26. November 1852 erlassene Contumazial-Urtheil den Beschuldigten freisprach, weil, wenn die erwähnte Verordnung bestimme, daß der An- und Abzug des Gesindes von der Dienstherrschaft binnen 24 Stunden bei Strafe von einem Thaler bei der Orts-Polizei-Behörde angezeigt werden solle, in casu doch die Uebertretung mit dem 2. October 1851 vollendet und zur Verfolgung im Strafwege geeignet gewesen, die Uebertretung also nach §. 339 des Strafgesetzbuchs verjährt sei, zumal die besagte Verordnung nur die unterlassene Anmeldung, nicht aber das Behalten im Dienst, über die Anmeldungsfrist hinaus mit Strafe bedrohe.

Gegen dieses Urtheil hat der Vertreter der Staatsanwaltschaft bei dem Polizeigericht zu Uerdingen rechtzeitig den Cassations-Rekurs ergriffen, welcher dem Beschuldigten signifizirt ist. Es wird auf Vernichtung des Urtheils angetragen, weil, wenn auch die Uebertretung durch die unterlassene Anmeldung binnen 24 Stunden vollendet sei, doch die fortgesetzte Unterlassung der Anmeldung also die Fortsetzung der Uebertretung in casu die Verjährung ausschließe, welche unter solchen Umständen erst nach der erfolgten Anmeldung hätte laufen können.

Der Beschuldigte hat nicht geantwortet.

I. E., daß, wenn die Polizei-Verordnung der Königl. Regierung zu Düsseldorf vom 28. Januar 1838, welche am 12. Februar 1852 wiederholt publicirt ist, bestimmt, „daß der An- und Abzug des Gesindes von der Dienstherrschaft binnen 24 Stunden bei der Orts-Polizei-Behörde angezeigt

---

*) Arch. 47. 2. 14 u. 44.

und die Uebertretung mit Geldbuße von einem Thaler oder 24 Stunden Gefängniß belegt werden soll," hieraus zwar folgt, daß 24 Stunden nach unterlassener Anmeldung die Uebertretung im Strafwege verfolgt werden kann;

Daß aber nach dem klaren Sinne jener Verordnung, deren wesentlicher Zweck die Erhaltung der polizeilichen Controlle über das Gesinde ist, die verpönte Handlung in dem Halten nicht angemeldeten Gesindes besteht, mithin der Dienstherr bei fortgesetzter Unterlassung der Anmeldung, die Verordnung so lange übertritt, als er das Gesinde nicht angemeldet im Dienste behält, hiernach aber eine Verjährung der Uebertretung erst von dem Zeitpunkte an läuft, in welchem das Gesinde während des Dienstes angemeldet, oder aus dem Dienste entlassen ist;

Daß demnach das angefochtene Urtheil die erwähnte Polizeiverordnung falsch ausgelegt und den §. 339 des Strafgesetzbuchs unrichtig angewendet hat.

Aus diesen Gründen

vernichtet das Königl. Ober-Tribunal, Senat für Strafsachen, das Urtheil des Polizeigerichts zu Uerdingen vom 26. November 1852, verordnet die Beischreibung dieses Urtheils am Rande des cassirten, legt dem Cassations-Beklagten die Kosten zur Last und verweis't die Verhandlung der Sache vor das Polizeigericht zu Düsseldorf.

Sitzung vom 11. April 1853.

Ref.: H. O. Tr. R. Broicher. — Concl.: H. G. St. A. Grimm.

Jagdpolizei. — Freies Umherlaufen der Hunde in Feldern und Holzungen.

Die Bestimmung des §. 9 Nro. 3 der General-Gouvernements-Verordnung für den Nieder- und Mittel-Rhein vom 18. August 1814, wonach es verboten ist, daß die Landesbewohner die Hunde mit aus den Dörfern nehmen oder gar frei, ohne Anhängung eines Knittels, in den Feldern und Holzungen herumlaufen lassen, gehört nicht zu den mit dem Jagdgesetze vom 31. October 1848 unvereinbaren Bestimmungen, berührt auch nicht eine Materie, auf welche das Str. G. B. sich bezieht, und besteht daher noch in gesetzlicher Wirksamkeit.

I. Fall.

Oeffentl. Ministerium — Kettler u. Bastian.

Am 28. August 1852 wurden die Wittwe Theodor Kettler, geborene van Loosen und die Wittwe Leonard Bastian, geborene Balzer, Tagelöhnerinnen zu Grieth wohnhaft, von dem Polizeidiener Wäger, welcher zugleich Feldhüter ist, im Felde bei Grieth getroffen; jede hatte ihren Hund bei sich, und zwar ohne Knüppel am Halse.

Vor das Zuchtpolizeigericht zu Cleve geladen, wurden dieselben durch Urtheil vom 15. December 1852 freigesprochen; weil zwar nach der Gouver-

nements-Verordnung vom 18. August 1814, §. 9 Nro 3 die Handlung, deren sie überführt worden, verpönt gewesen, dies Gesetz aber durch §. 8 des Jagdgesetzes vom 31. October 1848 aufgehoben und durch das Jagdpolizeigesetz vom 7. März 1850 nicht wieder in Kraft getreten sei.

Der Cassations-Recurs ist an demselben Tage angemeldet, eine Rechtfertigungsschrift aber nicht eingegangen. Der Ober-Procurator erklärt sich in seinem Einsendungsberichte mit der Ansicht des Polizeirichters, daß der §. 9 Nro. 3 der Gouvernements-Verordnung vom 18. August 1814 durch den §. 18 nicht wieder hergestellt worden, einverstanden, bezieht sich aber in Betreff der Zweifelsgründe auf eine abschriftlich beigefügte Correspondenz zwischen ihm und dem Landrathe Förster zu Kempen, welcher die Vorschrift der Gouvernements-Verordnung für eine der wesentlichsten, die Hege- und Schonzeit betreffenden Bestimmungen hält.

Urtheil:

I. E., daß die Cassations-Verklagten beschuldigt und in dem angefochtenen Urtheile für überwiesen erklärt sind, ihre Hunde ohne dieselben mit einem Knittel am Halse zu versehen, frei im Felde umherlaufen gelassen zu haben;

Daß diese Thatsache nach §. 9 Nro 3 der General-Gouvernements-Verordnung vom 18. August 1814 mit einer Strafe von 5 Francs oder 1 Thlr. 10 Sgr. bedroht ist;

Daß das angefochtene Urtheil die Anwendung dieser Strafbestimmung um deswillen versagt hat, weil dieselbe durch §. 8 des Jagdgesetzes vom 31. October 1848 aufgehoben, und durch das Gesetz vom 7. März 1850 nicht wieder in Kraft getreten sei.

Daß indeß der §. 8 des angeführten Gesetzes vom 31. October 1848 nur die mit diesem Gesetze unvereinbaren Bestimmungen und diejenigen jagdpolizeilichen Vorschriften, welche die Schon-, Setz- und Hegezeit des Wildes betreffen, aufgehoben hat;

Daß die letztere Bestimmung durch §. 18 des Gesetzes vom 7. März 1850 wieder beseitigt ist;

Daß nun das Verbot des Umherlaufenlassens der Hunde ohne Knittel am Halse im Felde auch nicht zu den mit dem Gesetze vom 31. October 1848 unvereinbaren Bestimmungen gerechnet werden kann, indem die durch dieses Gesetz unter Aufhebung alles dinglichen Jagdrechtes auf fremdem Grund und Boden, bestimmte Berechtigung jedes Grundeigenthümers auf seinem eigenen Grund und Boden die Jagd in jeder erlaubten Art auszuüben, nicht die Freiheit eines Jeden begründet, seine Hunde frei im Felde, also auch auf fremden Grundstücken, umherlaufen zu lassen, und gerade dadurch das Wild zum Nachtheile des Jagdrechtes der Eigenthümer anderer Grundstücke von diesem zu verscheuchen;

Daß das angefochtene Urtheil mithin, indem es die Anwendung des §. 9 Nro. 3 der General-Gouvernements-Verordnung vom 18. August 1814 auf die feststehende Contravention der Cassations-Verklagten auf Grund des §. 8 des Gesetzes vom 31. October 1848 versagte, diesen letzteren unrichtig angewendet und den ersteren verletzt hat;

Aus diesen Gründen

cassirt das Königl. Ober-Tribunal, Senat für Strafsachen II. Abtheilung, das Urtheil des Polizeigerichtes zu Cleve vom 15. December vorigen Jahres, verordnet die Beischreibung des gegenwärtigen Urtheils am Rande des

cassirten, und verurtheilt die Cassations-Verklagten solidarisch zu den Kosten des gegenwärtigen Verfahrens.

Sodann zur Sache selbst erkennend;

Aus den im vorstehenden Urtheile angeführten Gründen und mittelst Anwendung des §. 9 Nro. 3 der General-Gouvernements-Verordnung vom 18. August 1814, und des Art. 162 der Criminal-Prozeß-Ordnung, welche also lauten: u. s. w.

Erklärt es die Beschuldigten der ihnen zur Last gelegten Contravention für überführt, und verurtheilt eine jede derselben zu einer Geldbuße von Einem Thaler zehn Silbergroschen und zu den Kosten der Instanz, indem es der Geldbuße für den Fall des Zahlungsunvermögens eine Gefängnißstrafe von Einem Tage substituirt.

Sitzung vom 21. April 1853.

Ref.: H. O. Tr. R. von Oppen. — Concl.: H. O. St. A. Oppenhoff.

II. Fall.

Oeffentl. Ministerium — Roßbach.

In diesem Falle hatte das Polizeigericht zu Ahrweiler den Gutsbesitzer Roßbach von der Beschuldigung, seinen Hund ohne Anhängung eines Knittels am 12. October 1852 im Walde frei herumlaufen lassen zu haben, aus dem Grunde freigesprochen, weil das Strafgesetzbuch im §. 274 ff. die Jagdvergehen behandle, mithin nach Art. II. des Einführungsgesetzes die ältern Strafgesetze über diesen Gegenstand als abgeschafft angesehen werden müßten, und das Str. G. B. selbst den vorliegenden Fall mit Strafe nicht bedrohe.

Zur Begründung des von dem öffentl. Ministerium gegen diese Entscheidung ergriffenen Cassations-Recurses wurde angeführt: in §. 274 ff. des Str. G. B. würden nur die Jagd**vergehungen** behandelt; **Uebertretungen** der Jagdpolizei hätten hier keine Stelle finden können; in dem dritten Theile des Str. G. B. seien aber nicht die Jagdcontraventionen überhaupt Gegenstand der Behandlung, sondern es würden nur in §. 347 Nro. 11 u. 12 zwei Fälle berücksichtigt, welche ohne die für sie gegebene Spezialbestimmung unter den Begriff des unbefugten Jagens hätten subsumirt werden können. Hienach müßten die ältern Strafbestimmungen über die Jagdpolizei, namentlich die Vorschriften des Jagdpolizeigesetzes als noch fortgültig angesehen werden.

Urtheil:

I. E., daß nur diejenigen ältern Strafbestimmungen nach Art. II. des Einführungsgesetzes zum Str. G. B. für abgeschafft anzusehen sind, welche Materien betreffen, auf welche das Strafgesetzbuch sich bezieht, d. h. welche unter den Begriff der Handlungen fallen, die das Strafgesetzbuch zum Gegenstande seiner Bestimmungen gemacht hat;

Daß nun zwar diejenigen Handlungen in dem Str. G. B. — §. 274 — 277. 347 Nro. 11 u. 12 — vorgesehen sind, welche eine Verletzung der Ausschließlichkeit des Jagdrechts durch unbefugtes Jagen, Zueignung von Jagdwild oder Anstalten zu unbefugtem Jagen enthalten, nicht aber die Uebertretungen der Vorschriften, welche nur die Schonung der Jagden und die Jagdpolizei im Allgmeinen betreffen;

Daß also die angegriffene Entscheidung den Art. II. des Einführungsgesetzes des Str. G. B. falsch angewendet und den §. 9 Nro. 3 der General-Gouvernements-Verordnung (vom 18. August 1814) verletzt hat, indem sie den Cassations-Verklagten wegen der gegen die letztere Gesetzesstelle begangenen Uebertretung auf Grund des angeführten Art. II. freigesprochen hat;

J. E. sodann zur Sache, daß thatsächlich feststeht u. s. w.

Aus diesen Gründen

cassirt u. s. w.

und zur Sache erklärt es den Beschuldigten der ihm zu Last gelegten Uebertretung für schuldig und verurtheilt ihn zu einer Geldstrafe von 1 Thlr. u. s. w.

Sitzung vom 19. Mai 1853.

Ref.: H. O. Tr. R. Broicher. — Concl.: H. O. St. A. Oppenhoff.

Evangelische Kirchengemeinde. — Presbyterium. — Condictio indebiti. — Civilgemeinde. — Unterhaltung des Kirchthurmes. — Mitgebrauch desselben Seitens der Mitglieder einer andern Confession.

Das Presbyterium vertritt zwar die evangelische Kirchengemeinde in allen Gemeinde-Angelegenheiten, ist jedoch nicht qualifizirt, gegen die Civilgemeinde eine Condictio indebiti wegen der durch die Letztere zu Kirchenbauzwecken von den einzelnen evangelischen Einwohnern erhobenen Beiträge anzustellen.

Nach einem im Herzogthum Berg bestehenden und als gesetzliche Norm anerkannten Landesbrauche ist nicht die Civilgemeinde als solche zur Erhaltung des Kirchthurmes verpflichtet. Es haben daher daselbst die evangelischen Einwohner einer Gemeinde zur Unterhaltung des Thurmes der katholischen Kirche nicht schon in ihrer Qualität als Mitglieder der Civilgemeinde, sondern nur insofern beizusteuern, als sonstige Gründe für eine solche Verpflichtung, zu welchen der Mitgebrauch des Thurmes gezählt zu werden pflegt, vorhanden sind.

Evangelische Kirchengemeinde zu Mettmann — katholische Kirchen- und Civilgemeinde daselbst.

In dem Orte Mettmann ist sowohl eine evangelische als eine katholische Kirche. Vor einigen Jahren ergab es sich, daß der Thurm der katholischen Kirche einer Reparatur bedurfte. Die Kosten derselben wurden von der

Civilgemeinde vorgeschossen und nach Beendigung der Reparatur durch eine, auf alle Einwohner, ohne Unterschied der Confession, und zwar nicht blos der Civilgemeinde Mettmann, sondern auch der zur Civilgemeinde Gerresheim gehörigen, aber nach Mettmann eingepfarrten Ortschaft Metzkausen, ausgeschriebene Umlage wieder eingezogen. — Die evangelischen Bewohner glaubten sich zu einem solchen Beitrage nicht verpflichtet, führten daher über dies Verfahren bei den Administrativ-Behörden Beschwerde, wurden jedoch durch ein Rescript des Ministerii der geistlichen Angelegenheiten vom 26. November 1844 abschläglich beschieden, indem darin angenommen wurde, daß nach einer allgemeinen Observanz im ehemaligen Herzogthume Berg zur Unterhaltung der Kirchthürme und der darin befindlichen Glocken und Uhren die Communitates, d. h. die alten Kirchspiele, und zwar alle Einwohner derselben, ohne Unterschied der Religion und der Steuerfreiheit verpflichtet seien, und — wenn es auch zweifelhaft sei, ob solche Verpflichtung rücksichts der alten Kirchthürme auch dann noch fortbestehe, wenn eine Confessionsgemeinde sich inzwischen einen eigenen Thurm erbaut habe — dennoch gerade für die Gemeinde Mettmann eine Lokal-Observanz für den fraglichen Hauptthurm der Gemeinde diese allgemeine Verpflichtung feststelle. Es wurde daher den Bittstellern überlassen, ihren Widerspruch im Wege Rechtens durchzuführen. — Dem zufolge ist denn nun auch die gegenwärtige Klage angestellt, und zwar von dem Presbyterium der evangelischen Gemeinde wider die Civil- und die katholische Kirchengemeinde, und mit dem Antrage erkennen zu hören, daß:

1. die evangelischen Einwohner der Gemeinde Mettmann nicht verpflichtet seien, als solche zu der Unterhaltung des Thurmes der katholischen Kirche zu Mettmann beizutragen, und
2. daß die mitverklagte Civilgemeinde daher verpflichtet sei, die von derselben zu diesem Zwecke eingezogenen Gelder zurückzuerstatten.

Die katholische Gemeinde setzte der Klage zunächst

1. die Einrede der Incompetenz, weil die Beiträge nach dem Fuße der Grund- und Klassensteuer, als eine directe Steuer, eingezogen wären und über die Rechtmäßigkeit einer solchen Erhebung den Gerichten die Cognition entzogen sei, und
2. die Einrede der mangelnden Activ-Legitimation entgegen, weil nicht das Kirchenvermögen der evangelischen Gemeinde, sondern nur das Privatvermögen Einzelner in Anspruch genommen sei, die Kirchenordnung vom 5. März 1835 aber nur die Verwaltung des Kirchen-, Pfarr-, Schul- und Armenvermögens dem Presbyterium überweise.

Die Civilgemeinde bestritt außerdem, daß sie die richtige Verklagte sei. Denn, wenn nach dem Systeme der Klage nur die katholischen Einwohner die Unterhaltungskosten zu tragen hätten, so sei die Zahlung eine in rem versio für diese gewesen; die Civilgemeinde, zu welcher auch die evangelischen Einwohner gehörten, in Anspruch zu nehmen, laufe daher dem Zwecke der Klage entgegen. Beide Verklagte widersprachen endlich der Klage aus dem Grunde, weil das Normaljahr 1624 zu Gunsten der Katholiken entscheide, die Evangelischen auch bei Erbauung ihrer eigenen Kirche im Jahre 1774 sich durch einen besonderen Revers verpflichtet hätten, auch zukünftig zur Unterhaltung des Thurmes der katholischen Kirche beizutragen und solche Beiträge auch sowohl früher, als bis in die jüngste Zeit von ihnen ohne Widerrede geleistet seien.

Mittelst Urtheils vom 31. Juli 1848 erkannte indessen das Landgericht zu Elberfeld nach den Anträgen der Klägerin dahin:

> daß die evangelischen Einwohner der Gemeinde Mettman nicht verpflichtet seien, zur Unterhaltung des Kirchthurmes der dortigen katholischen Gemeinde beizutragen und verurtheilte demzufolge die mitverklagte Civilgemeinde zu Mettmann die von denselben zur Bestreitung des im Juni 1844 begonnenen Thurm-Reparaturbaues erhobenen Gelder zurückzuerstatten.

In den Gründen wird zunächst die Einrede der Incompetenz damit widerlegt, daß es sich hier von einer Befreiung auf Grund eines besonderen Rechtstitels handle, in Beziehung auf die Qualification des klagenden Presbyterii erwogen, daß nach §. 5 der Kirchenordnung dem Presbyterio die Vertretung der Gemeinde in allen Gemeindeangelegenheiten übertragen sei, hier aber, da die Beiträge von den Mitgliedern der evangelischen Gemeinde als solchen erhoben seien, und zwar nicht blos innerhalb der Civilgemeinde Mettmann, sondern innerhalb der ganzen Parochie, eine Gemeindeangelegenheit vorliege. Der Einwand der Civilgemeinde, daß sie nicht die richtige Verklagte sei, wird damit widerlegt, daß der erste Klagantrag in Beziehung auf diese Verklagte nur als ein Motiv, aber als ein nothwendiges Motiv zur Begründung des zweiten, auf die Rückzahlung gerichteten Antrages sei, dieser aber in der That nur gegen die Civilgemeinde, welche das Geld erhoben habe, gestellt werden könne. In der Hauptsache geht das Urtheil von dem Satze aus, daß der Natur der Sache nach eine jede Religionsgenossenschaft, wie jede andere Corporation ihre Bedürfnisse selbst zu bestreiten habe, insofern nicht besondere Gesetze oder Rechtstitel entgegenständen, daß mithin nur zu untersuchen sei, ob solche nachgewiesen, nicht aber, ob den Evangelischen eine Befreiung zur Seite stände. In dieser Beziehung werden dann zunächst gewisse, von den Verklagten vorgelegte fürstliche Verfügungen aus den Jahren 1711 — 1756 geprüft, in welchen wiederholt eingeschärft ist,

> daß die Gemeinden ihre Schuldigkeit in Unterhaltung der Kirchthürme und Abhänge aus eigenen Mitteln und ohne Schmälerung der Kirchenrenten thun sollen,

denen jedoch, da sie nur die Beitragspflicht der Decimatoren und der Kirchengemeinde zu den verschiedenen Theilen des Kirchengebäudes, nicht aber die Verhältnisse der verschiedenen Confessionen im Auge haben, jeder Einfluß auf die Entscheidung dieser Sache abgesprochen wird. Demnächst wird nach den vorgelegten Acten und aus der Geschichte der Mettmanner Kirche geprüft, inwiefern eine rechtliche Verpflichtung für die Evangelischen entstanden sei. Schon im Jahre 1646 hätten dieselben die Erlaubniß erhalten, sich ein eigenes Bethaus mit einem, eine Schelle enthaltenden, Thürmchen zu bauen, wobei sie dann sich der Glocken der katholischen Kirche weiter bedient hätten. Im Jahre 1773 sei ihnen die Erlaubniß zum Neubau einer größeren Kirche ertheilt, welche mit einem größeren Glockenthurme verbunden worden sei. Dies habe im Jahre 1774 die katholischen Einwohner zu wiederholten Eingaben bei dem Geheimen-Rathe zu Düsseldorf veranlaßt, in welchen sie verlangt hätten, daß die Evangelischen über ihre fortdauernde Verpflichtung des Beitrags zur Thurmreparatur befragt werden sollten; indessen constire nicht, daß eine desfallsige Erklärung von diesen abgegeben sei. Die von den Verklagten aufgestellte Behauptung, daß ein die evangelische Gemeinde verpflichtender Revers existire, sei daher nicht erwiesen. In Beziehung auf die von den Verklagten behauptete Observanz stehe es allerdings

fest, daß von der evangelischen Gemeinde fortdauernd Beiträge zur Unterhaltung des Thurmes erhoben seien, obgleich seit dem Anfange des Jahrhunderts zum Theil mit ihrem Widerspruche, es stehe aber auch fest, daß sie bis zum Jahre 1836 sich im Mitgebrauche des erwähnten Thurmes und seines Geläutes befunden habe, in welchem Jahre jedoch dieser Mitgebrauch aufgehört habe (nach ihrer Behauptung deshalb, weil ihr katholischer Seits der Eingang zum Thurm versagt worden). Es frage sich daher, ob die Beitragspflicht eine bedingte oder unbedingte, an den Mitgebrauch des Thurmes geknüpfte oder von demselben unabhängige, ob sie, wie man sich ausdrücke, ein personale oder ein reale gewesen. In dieser Beziehung wird nun auf eine Entscheidung der im Jahre 1682 zu Rheinberg zusammengetretenen kurbrandenburgischen und pfalzneuburgischen Commissarien Gewicht gelegt, in welcher speziell in Beziehung auf Mettmann gesagt ist:

> dafern nun die Evangelischen allda sich des Geläuts gebrauchen wollten, müßten sie die Reparation des Thurms auch helfen thun, es hätten sonst die Röm. Kath. sich erklärt, daß wofern die Evangelischen sich des Orts des Geläuts begeben wollten, daß sie dann auch die Reparation des Thurms allein über sich nehmen wollten.

Eben so bezeuge Bewer (Rechtsfälle I. S. 195) es als eine Praxis des Düsseldorfer Geheimen-Raths-Collegiums, daß die Protestanten nur zu Kirchenthürmen in jenen Orten beizutragen haben, wo sie keine eigenen Thürme haben. Hieraus und aus den schwankenden und widersprechenden Verfügungen der neuern Administration folgert dann das Landgericht, daß eine Observanz unbedingter Beitragspflicht nicht, sondern nur eine solche nachgewiesen, wo und weil die Evangelischen den Mitgebrauch des Thurmes und des Geläutes gehabt hätten. Diesemnach sei aber auch hier, beim Mangel des Mitgebrauches keine Beitragspflicht der Evangelischen vorhanden gewesen, und deshalb nach ihren Anträgen zu erkennen.

Gegen dieses Urtheil appellirten beide Verklagte und erkannte nun auch der Appellationshof reformatorisch, erklärte das klagende Presbyterium zur Rückforderung der von den einzelnen evangelischen Einwohnern gezahlten Beiträge für nicht qualifizirt und wies im Uebrigen die Klage als unbegründet mit den Kosten beider Instanzen ab.

Die Gründe dieses Urtheils lauten, wie folgt:

J. E., daß der vorige Richter die richterliche Competenz mit genügenden Gründen dargethan hat; daß ebenso seiner Entscheidung, hinsichtlich der Activlegitimation des klagenden Presbyteriums auf den ersten Klagepunkt und der Passivlegitimation der Civilgemeinde Mettmann lediglich beizutreten ist; daß, was dagegen die Rückerstattung der von den einzelnen evangelischen Einwohnern von Mettmann wirklich erhobenen Beiträge anbelangt, es actenmäßig feststeht, daß die Verwaltung solche auf alle Einwohner von Mettmann, ohne Unterschied der Religion, nach Maaßgabe der directen Steuern vertheilt und keinesweges wie vom ersten Richter angenommen wird, die evangelischen Glaubensgenossen zu Mettmann als solche, herangezogen hat; daß folglich das klagende Presbyterium, welches selbst keine Zahlung geleistet, zur condictio indebiti um soweniger berechtigt ist, als die Zubilligung seines Antrages die Gegenpartei nicht vor gleichen Klagen der Privaten, welche die Beiträge wirklich geleistet haben, schützen würde;

Zur Hauptsache: J. E., daß das klagende Presbyterium einräumt, daß obgleich seine Gemeinde sich im Jahre 1628 ein eigenes Bethaus, jedoch

ohne Thurm und Glocken, erbaut, dieselbe dennoch von da an den von ihr mitgebrauchten Thurm der katholischen Kirche mit unterhalten habe und daß nach den blos unvollständig vorliegenden Verwaltungsacten Umlagen auf alle Einwohner von Mettmann für Reparaturen dieses Thurmes in den Jahren 1733, 1748, 1764, 1776. 1788, 1801, 1803, 1806 und 1844 ausgeschrieben worden sind;

Daß wenn also die Beitragspflicht geständlich bereits im Jahre 1628 bei erfolgter Trennung entstanden ist, der vorige Richter den Ursprung dieser Verbindlichkeit nicht in dem zwischen Churpfalz und Churbrandenburg am 20. und 22. Februar 1682 geschlossenen Religionsrezesse aufsuchen durfte, dieser Receß vielmehr in der die Gemeinde Mettmann betreffenden Stelle haupsächlich die Beschwerde der Evangelischen, daß man sie zur Unterhaltung der ganzen katholischen Kirche herangezogen, betroffen zu haben scheint, was von beiden Fürsten als unbillig und unzulässig erkannt wurde; — daß jener Receß zwar nur in einem beglaubigten, sehr summarisch gehaltenen Extracte vorliegt, dessen durch Jacobson in seiner Urkundensammlung angegebener vollständiger Inhalt jedoch in der später zwischen den Fürsten gepflogenen diplomatischen Correspondenz wenigstens in dem wichtigeren Theile bestätigt wird, und derselbe churpfälzischer Seits die Erklärung enthält, daß es im ganzen Lande Gebrauch sei, daß die zeitlichen Pastores das Chor und der Inhaber des größeren Zehnten das Schiff, die Gemeinden aber den Thurm repariren und das Geläute in esse halten müßten; dafern nun die Evangelischen zu Mettmann sich des Geläutes gebrauchen wollten, müßten sie die Reparaturen des Thurmes auch helfen thun, es hätten sonst die römisch Katholischen sich erklärt, daß, wofern die Evangelischen sich des Orths des Geläuts begeben wollten, daß sie dann auch die Reparation des Thurmes allein über sich nehmen wollten; daß es bei dieser einseitigen Erklärung verbleiben und keine Annahme Brandenburgischer-Seits, noch eine Entsagung der Evangelischen zu Mettmann auf den Mitgebrauch des Thurmes erfolgt ist, mithin der Rezeß nichts Definitives regulirt hat und daher auch daraus nicht vorzüglich oder ausschließlich, wie vom ersten Richter geschehen, der Umfang der Verpflichtungen der Evangelischen bemessen und erkannt werden kann, daß dieselben zu allen Zeiten befugt seien, gegen Verzichtleistung auf den Mitgebrauch des katholischen Thurmes sich dessen Unterhaltung zu entziehen, da der von ihm unterstellte Vertrag gar nicht zu Stande gekommen ist, folglich auch von einer Auflösung desselben keine Rede sein kann; daß vielmehr bei Feststellung der wechselseitigen Rechte und Verbindlichkeiten der bereits in dem gedachten Rezesse angeführte Landesbrauch maaßgebend ist, in welcher Beziehung folgende zwei Verordnungen entscheidend sind, und zwar:

1. Jene des Pfalzgrafen Johann Wilhelm vom 10. September 1711, worin erklärt wird, daß es in seinen Jülich-Bergischen Landen ein allgemeiner löblicher, durch die statuta synodalia und andere geistliche Constitutionen bestätigter Landesgebrauch und fundirte Regel sei, daß die Inhaber des großen Zehnten das Schiff, die Gemeinde den Thurm und die Abhänge, der Pastor aber, wenn er den kleinen Zehnten habe, das Chor zu repariren und zu unterhalten schuldig sei; daß, da jedoch mißbräuchlich derartige Ausgaben häufig aus dem Kirchenvermögen bestritten würden, Er jenen Landesbrauch wiederholt einschärfe und befehle, daß die, die Gemeinde treffenden Lasten, sowohl von den freien als unfreien Gütern aufgebracht werden müßten.

2. Jene des Pfalzgrafen Karl Theodor vom 19. Januar 1758, welche sub Nro. XI das vorhergehende Edict einschärft, die Beibringung der Gelder zu den Glockenseilen, Glocken, Uhrwerken, zur Besteigung der Abhänge etc. aus Gemeindemitteln befiehlt, jeden Orts und darunter gehörenden Kirchspielsvorsteher hierfür verantwortlich macht und seinen Beamten auferlegt, bei Revision der Kirchenrechnungen darin alle obige Ausgaben, als den Kirchen fremd, zu streichen;

Daß diese ein, beziehungsweise anderthalb Jahrhundert nach der Reformation veröffentlichte Verordnungen keineswegs mit dem vorigen Richter durch die einfache Bemerkung beseitigt werden dürfen, daß man damals über die wechselseitige Stellung der verschiedenen Confessionen noch keine klaren Begriffe gehabt und der zur Zeit der Einheit der Religion aus geistlichen Anordnungen erwachsene Landesbrauch auf die erst später eingetretenen Verhältnisse nicht passend sei, da gerade im Anfange der Reformation, wo die religiöse Aufregung am heftigsten war und die Bekenner der verschiedenen Confessionen leidenschaftlich ihre Prärogativen überwachten, die Dazwischenkunft und Umsicht des Gesetzgebers am nothwendigsten war; daß überdies aber auch der eben berührte Landesbrauch von der Krone Preußen, welche das Interesse der Evangelischen im Bergischen Lande beschirmte, *wenigstens* stillschweigend anerkannt worden ist, indem, wie ein aus dem Provinzial-Archiv zu Düsseldorf entnommenes Actenfascikel ergiebt, die Evangelischen zu Ratingen die Vermittelung des Königs angerufen haben, weil man sie im Jahre 1733 zur Unterhaltung des Thurmes und der Glocken der dortigen katholischen Kirche genöthigt habe, obwohl sie eine eigene Kirche mit Thurm und Glocken besaßen; worauf sich eine weitläufige diplomatische Correspondenz entwickelt und der König sich zurückgezogen hat, nachdem ihm am 19. September 1733 von der Landesregierung zu Düsseldorf *berichtet worden* war, daß die Heranziehung der Evangelischen zu Ratingen auf dem allgemeinen Landesbrauche beruhe und daß, obwohl im Bergischen die katholische Religion die herrschende sei, doch auch die Katholiken in solchen Gemeinden, worin die Evangelischen die Kirchen besäßen, deren Thurm mit unterhalten müßten, wie dies namentlich in Lennep, Wald und Solingen der Fall sei, was sich darauf gründe, daß die Anhänger einer Religion nicht aufhörten, Mitglieder der politischen Gemeinde zu sein, welcher der Thurm und die Glocken bei Feuerlärm, Empörung, Ankündigung von Jagden und Haltung der Gerichte, Beerdigung der Todten von beider Religion und Anzeige der Zeit durch die Kirchenuhr ebenfalls dienten; daß, wenn also die Evangelischen zu Mettmann in Gemäßheit des völlig außer Zweifel gestellten Landesbrauches nicht in Rücksicht ihrer Confession, sondern als Mitglieder der dortigen Civilgemeinde zu Beiträgen für den Unterhalt des Thurmes der katholischen Kirche herangezogen worden sind, es völlig gleichgültig ist, daß sie auf den Grund der am 23. April 1773 erhaltenen landesherrlichen Erlaubniß ihr einfaches Bethaus in eine größere Kirche mit Thurm, Glocken und Uhr umgewandelt haben, indem durch diese Neuerung das auf Titel und Verjährung beruhende Rechtsverhältniß der katholischen Kirche zur Civilgemeinde nicht alterirt werden konnte; daß wenn auch die Behauptung der katholischen Gemeinde zu Mettmann, daß bei Gelegenheit dieses Neubaues von den Evangelischen ein Revers ausgestellt worden sei, daß sie vor wie nach ihre Beiträge leisten würden, nicht hat erwiesen werden können, dagegen der Beweis geführt worden ist, daß die Evangelischen zu Mettmann mit Ausnahme der neuesten Zeit, sich gegen die Heranziehung zu Beiträgen

gar nicht opponirt haben, vielmehr, als bei Gelegenheit der im Jahre 1801 nothwendig gewordenen Reparaturen, der Richter zu Mettmann, höherem Auftrage zufolge, die Vorsteher der reformirten und lutherischen Gemeinde am 16., 22. und 31. December 1801 protocollarisch vernommen hat, dieselben sich mit den begutachteten Reparaturen einverstanden erklärt und ihre Beiträge zu leisten versprochen haben, welche Beiträge demnächst actenmäßig auf den Steuerfuß ausgeschrieben und unter alle Einwohner ohne Unterschied der Religion vertheilt worden sind; daß das klagende Presbyterium zwar diese Thatsache dadurch zu entkräften versucht hat, daß sich die Evangelischen, ihres eigenen Thurmes ungeachtet, vor wie nach des katholischen Thurmes zum Läuten bedient und sich dann erst den ferneren Beiträgen widersetzt hätten, als ihnen im Jahre 1834 vom kathol. Kirchenvorstande der Mitgebrauch der Glocken verwehrt worden sei; daß aber einmal diese, von dem besagten Vorstande bestrittene, Behauptung nicht erwiesen worden ist, sodann aber die articulirte Störung sie allenfalls zur Geltendmachung ihres verletzten Rechts, keineswegs aber zu einem einseitigen Rücktritte von einem feststehenden Vertrage berechtigt haben würde; daß der vorige Richter allerdings noch weiter gegangen ist, indem er aus dem Religionsrezesse von 1682 für die Evangelischen die Befugniß abgeleitet hat, den Vertrag zu jeder Zeit durch Verzichtleistung auf den Mitgebrauch des Thurmes zu kündigen; daß aber außer den bereits oben zur Widerlegung dieser Ansicht angeführten Gründen derselben ferner im Wege steht, daß wenn die Unterhaltung des Thurmes zufolge des Landesbrauches eine Last der Civilgemeinde bildet, die von einer der darin bestehenden Religionsgenossenschaft erfolgte Kündigung ohne alle rechtliche Wirkung ist; daß diese Verpflichtung der Civilgemeinde auch den vom vorigen Richter weiter geltend gemachten Gründen, daß jede Kirchengemeinde für ihre Bedürfnisse selbst sorgen müsse und andere Religionsgenossenschaften dafür nicht in Anspruch nehmen könne, allen Werth benimmt, indem, wenn nach dem Bergischen Landesbrauche die Civilgemeinde den Thurm zu unterhalten hat, derselbe nicht als Gegenstand des Cultus angesehen werden kann, folglich auch die Bekenner anderer Confessionen sich nicht darüber beschweren können, daß sie zu einem fremden Cultus beitragen müßten rc.

Hiergegen ist nun von der klagenden Gemeinde der Cassationsrecurs erhoben und auf zwei Cassationsmittel gestützt, von denen das erste lediglich gegen die angenommene Nicht-Qualification des Presbyterii, das zweite gegen die angenommene Nichtbegründung der Klage kämpft.

I. Verletzung der §§. 5 und 18 littr. d. der Kirchenordnung vom 5. März 1835.

Wenn auch die Beiträge von allen Einwohnern ohne Unterschied der Religion erhoben seien, so verletze dies dennoch die Rechte der evangelischen Gemeinde, indem sie behaupte, daß ihre Mitglieder als solche davon befreit bleiben müßten. Das Presbyterium, welches nach §. 5 die Gemeinde vertrete, sei daher auch befugt, diese Befreiung geltend zu machen. Nach §. 18 littr. d. habe das Presbyterium die Umlage der Beiträge zu Gemeindebedürfnissen zu bewirken; es könne in der Natur des Gegenstandes nichts ändern, daß hier, statt seiner, die Civilgemeinde die Umlage bewirkt habe. Es sei um so deutlicher eine kirchliche Gemeindeangelegenheit, als auch die in bürgerlicher Beziehung nicht zu Mettmann gehörige Gemeinde Metzkausen mit dabei betheiligt sei.

Cassationsverklagte macht zunächst darauf aufmerksam, daß das erste Cassationsmittel wirkungslos werde, wenn durch Verwerfung des zweiten

die Abweisung der Klage aufrecht erhalten bleibe. Uebrigens stehe die factische Feststellung des Appellhofes, wonach „die evangelischen Glaubensgenossen keinesweges als solche herangezogen seien," der Behauptung, daß eine Kirchenangelegenheit vorliege, entgegen. Auch habe das Presbyterium nur die Befugniß, die Gemeinde, nicht aber die einzelnen Mitglieder zu vertreten; es könne keine condictio indebiti anstellen, wenn die Beiträge nicht aus dem Kirchenvermögen gezahlt seien. Der §. 18, welcher dem Presbyterium, in Verbindung mit der größeren Repräsentation, die Ausschreibung der Beiträge beilege, stehe in gar keiner Beziehung zu der gegenwärtigen Frage und namentlich zu der condictio indebiti.

II. Verletzung resp. falsche Anwendung der Verordnung vom 10. September 1711 und 19. Januar 1753 sub XI. sowie des Religionsrezesses vom 20.—22. Februar 1682.

Die beiden ersterwähnten Verordnungen verständen unter dem Worte: Gemeinde nach ihrem Zusammenhange offenbar die Parochianen der betreffenden Kirche, nicht aber die Civilgemeinden. Der Appellhof lege daher diese Verordnungen falsch aus, wenn er daraus einen Schluß auf einen, den Klägern entgegenstehenden, Landesbrauch ziehe.

Die wiederholten Contributionen der Evangelischen in Mettmann zum Thurmbau seien gleichgültig, wenn, wie aus dem Rezesse von 1682 hervorgehe, ihnen die Befugniß beigelegt worden, sich durch Verzichtleistung auf den Mitgebrauch des Thurmes der Beitragspflicht zu entziehen. Dieser Rezeß, der, weil vom bergischen Landesherrn vollzogen, unbedenklich Gesetzeskraft habe, beabsichtige offenbar eine Entscheidung, es sei daher irrig, wenn der Appellhof annehme, er habe nichts Definitives regulirt. Wenn der Appellhof ferner eine Kündigung des Mitgebrauches fordere, lege er wiederum in den Rezeß von 1682 etwas hinein, was derselbe nicht enthalte, indem nach demselben der festgestellte Umstand, daß die Evangelischen sich seit Jahren des Geläutes der Katholischen nicht mehr bedienten, vollig ausreiche.

Cassationsverklagte erwidern: die Existenz eines Landesbrauches setzt voraus, daß keine ausdrückliche gesetzliche Bestimmung über den Inhalt desselben existire; die Frage danach sei mithin eine factische. Wenn der Appellhof die von der Cassationsklägerin erwähnten Verordnungen erwähne, weil sie ein wichtiges Moment für die Existenz eines solchen Landesbrauches geben, so betrachte er sie nicht als Gesetze, als legislatorische Dispositionen, durch welche Rechte geschaffen werden sollten, sondern nur als Zeugnisse für die Existenz eines solchen Gebrauchs, als Beweisdocumente. Als solche könnten sie nicht dem Cassationsrecurs zum Grunde gelegt werden. Der Appellhof lege sie aber auch richtig aus, denn die darin enthaltene Beziehung auf die Ländereien, die freien und unfreien und der Gegensatz von Kirchenmitteln ergebe, daß von der bürgerlichen Gemeinde gesprochen sei. Der Appellhof erwähne dieser Verordnungen nur unter andern Momenten für die Existenz des Landesbrauchs, so daß seine Folgerung auch sonst begründet sei. Namentlich gehöre dahin die festgestellte, langjährige und widerspruchlose Befolgung des Landesbrauches durch die Evangelischen in Mettmann selbst.

Der Receß vom Jahre 1682, dessen das Cassationsgesuch hier ferner gedenke, sei kein Gesetz, er sei nicht als ein solches, sei überhaupt nicht publicirt. Er sei höchstens ein Vertrag und zwar zwischen den beiden concurrirenden Regierungen, und als solcher unterliege er der definitiven Auslegung des Appellhofes, welcher auch festgestellt habe, daß nur eine nicht acceptirte Erklärung der kurpfälzischen Regierung vorliege.

Urtheil:

Auf das erste Cassationsmittel:

J. E., daß der Appellationsrichter, übereinstimmend mit dem Richter erster Instanz, die dem klagenden Presbyterium entgegengesetzte Einrede der Inqualification, insoweit sie sich auf den ersten Punkt der Klage bezog, zurückgewiesen, und somit die Bestimmung des §. 5 der Kirchenordnung vom 5. März 1835, wonach das Presbyterium die Gemeinde zu vertreten hat, keinesweges verkannt, sondern angewendet hat;

Daß die richtige Annahme, daß das Presbyterium zur Rückforderung der von den einzelnen Mitgliedern der Gemeinde gezahlten Beiträge nicht qualificirt sei, weil diese Beiträge nicht aus dem Kirchenvermögen geflossen, jene Vertretungsbefugniß nicht berührt;

Daß hierbei die Bestimmung des §. 18 Nro. 4 derselben Kirchenordnung, wonach das Presbyterium in Gemeinschaft mit der größeren Gemeinde-Repräsentation befugt ist, Umlagen auf die Gemeindeglieder zur Deckung kirchlicher Bedürfnisse zu bewirken, nicht zur Anwendung kam und mithin auch nicht verletzt sein kann.

Auf das zweite Cassationsmittel.

J. E., daß das angegriffene Urtheil seine Entscheidung auf einen, im Herzogthum Berg bestehenden, Landesbrauch stützt und dabei annimmt, daß in Beziehung auf diesen Landesbrauch die Verordnungen des Pfalzgrafen Johann Wilhelm vom 10. Sept. 1711 und des Pfalzgrafen Karl Theodor vom 19. Januar 1753 entscheidend seien;

Daß dieser Landesbrauch, da er in den gedachten Erlassen des Landesherrn ausdrücklich als gesetzliche Norm anerkannt und dessen Beobachtung befohlen ist, durch dieselben eine gesetzliche Sanction erhalten hat und nach ihnen zu beurtheilen ist;

Daß mithin der auf Verletzung dieser Verordnungen gerichtete Cassationsrecurs nicht aus dem Grunde verworfen werden kann, daß die Frage über die Existenz des Landesbrauches eine factische sei;

J. E., daß der Appellationsrichter diesen Landesbrauch dahin ausgelegt und angenommen hat, daß die durch denselben der Gemeinde auferlegte Verpflichtung zur Erhaltung des Thurmes und der Abhänge der Kirche sich nicht auf die kirchliche, zu gedachter Kirche eingepfarrte Gemeinde, sondern auf die Civilgemeinde des Orts beziehe;

J. E. jedoch, daß schon der Gegensatz zwischen den Zehntberechtigten und dem Pastor einerseits und der Gemeinde andererseits, von welchem jener Landesbrauch ausgeht, darauf hindeutet, daß hier lediglich kirchliche Verhältnisse in's Auge gefaßt sind;

Daß ferner in der Verordnung vom 10. September 1711 die Mitverpflichtung der steuerfreien Güter darauf gegründet wird,

> weil die freien sowohl als die steuerbaren Güter mit von der Gemeinde seind, und dahero wegen ihrer freien Güter, welche in denen weltlichen Lasten zwar in ihrer Freiheit bleiben, solche Freiheit aber sich auf die geistlichen Lasten nicht extendiren kann, angesehn sie in geistlichen Rechten davon keine Exemtion haben, sondern der Kirchen, Thurm, Glocken, Begräbnissen und dergleichen sich ebensowohl als die unfreien bedienen;

hierin aber die gedachte Beitragspflicht deutlich als eine kirchliche, mithin nicht als eine bürgerliche, der Civilgemeinde obliegende Last bezeichnet wird;

Daß ferner die Verordnung vom 19. Januar 1753 zwar verfügt,

daß dergleichen Erfordernisse fürohin von jeden Orts und darunter gehörigen Kirchspiels-Vorstehern angeschafft werden sollen, selbigen auch von den Beamteten zur nöthigen Repartition alle Hülfe geleistet werden solle;

Daß jedoch, da sie sich ausdrücklich auf das vorgedachte Edict vom 10. September 1711 bezieht, hierin eine Abänderung desselben und eine Uebertragung der Last auf die Civilgemeinden nicht, sondern nur eine Anordnung für die Mitwirkung der Gemeinde- und Staatsbeamten gefunden werden kann;

Daß aus dem Umstande, daß die Verpflichtung der Gemeinde der Belastung des Kirchenvermögens entgegengestellt ist, keinesweges gefolgert werden kann, daß unter der Bezeichnung Gemeinde, die Civilgemeinde verstanden sei, da der Zweck jener Bestimmung, das Kirchenvermögen zu erhalten, auch dadurch erreicht wurde, wenn die fraglichen Beiträge durch eine besondere Umlage von den Mitgliedern der kirchlichen Gemeinde erhoben wurden;

Daß auch die bergische Verordnung vom 6. April 1802 die fraglichen, den Gemeinden aufgelegten Beiträge als solche Gemeindelasten bezeichnet, welche den Gemeindegliedern in ihrer Eigenschaft als Pfarrgenossen obliegen;

I. E., daß bei der ausdrücklichen Bezugnahme der erwähnten Edicte auf den Landesbrauch Behufs Auslegung derselben auch sonstige urkundliche Aeußerungen über den Umfang derselben beachtet werden dürfen;

Daß hierher die auf der Rheinberger Conferenz am 22. Februar 1682 erlassene Resolution, in Betreff der Reparation des Mettmanner Kirchthurmes gehört;

Daß in derselben festgesetzt ist,

daß die Evangelischen, dafern sie sich des Geläuts gebrauchen wollten, die Reparation des Thurmes helfen thun müßten,

und hieraus sich ergiebt, daß ein allgemeiner, auf dem Gemeindeverhältnisse beruhender Titel dieser Verpflichtung nicht, sondern nur eine aus dem Mitgebrauche hergeleitete Verbindlichkeit angenommen ist;

Daß zwar diese, über einen vorliegenden Streit gefaßte Entschließung theils aus diesem Grunde, theils auch, weil nicht erhellt, inwiefern sie die Bestätigung der dabei betheiligten Regierungen erhalten, nicht die Kraft eines Gesetzes hat;

Daß sie jedoch als eine, Seitens der Vertreter der kurpfälzischen Regierung abgegebene Erklärung ausdrücklich bezeichnet und mithin geeignet ist, die Bedeutung, in welcher dieselbe den fraglichen Landesbrauch auffaßte, aufzuklären;

Daß auch ferner, wie Bewer Rechtsfälle I. S. 195 bezeugt, von dem Bergischen Geheimen Rath in den Jahren 1750 und 1789 in judicando von der Ansicht ausgegangen ist, daß nur der Mitgebrauch des Thurmes die Protestanten bei der Erhaltung desselben beitragspflichtig mache;

Daß mithin die aus den Worten der gedachten Verordnungen sich ergebende Auslegung in der vorhergegangenen und nachfolgenden Praxis ihre Bestätigung findet;

Daß hiernach der Appellationsrichter, indem er die entgegengesetzte Ansicht annahm, die Verordnungen vom 10. September 1711 und vom 19. Januar 1753 verletzte;

Daß bei Vernichtung des angegriffenen Urtheils demnächst die sonstigen Einreden der Verklagten zu prüfen sein würden, dieselben aber theilweise auf factischen Gründen beruhen, welche nicht vollständig erörtert scheinen;

Aus diesen Gründen

verwirft das Königl. Ober-Tribunal, V. Civilsenat (Rheinischer Senat) den Cassationsrecurs, insoweit er durch das erste Cassationsmittel geltend gemacht ist, cassirt dagegen das Urtheil des Königl. Appellationsgerichtshofes zu Köln vom 25. Juli 1850, insoweit es die Klage als unbegründet abgewiesen hat, verordnet die Beischreibung dieses Urtheils am Rande des cassirten, legt den Cassationsverklagten die Kosten zur Last, verweis't die Sache zur anderweitigen Verhandlung und Entscheidung an den zweiten Civilsenat des Appellationsgerichtshofes zu Köln.

Sitzung vom 1. März 1853.

Ref.: H. G. O. R. R. Schnaase. — Concl.: H. G. Pr. Jähnigen. (in der Sitzung des K. Rev. u. Caff. H. vom 28. December 1852.)

Advokaten: Dorn — Reusche.

Einspruch gegen Zahlungs- resp. Räumungs-Aufforderung. — Inzidentpunkt. — Berufungsfrist. — Unterthanen-Verhältniß der in französische Militairdienste getretenen und in Frankreich verbliebenen Rheinpreußen. — Gesetzliche Hypothek der Ehefrau auf im Auslande gelegene Immobilien des Ehemannes.

Der Einspruch gegen eine Zahlungs- resp. Räumungs-Aufforderung, mit welchem der Antrag verbunden wird, die bereits erfolgte Immobilar-Beschlagnahme-Verfügung zu vernichten und die bereits angesetzte Subhastation zu untersagen, bildet einen Inzidentpunkt im Subhastationsverfahren. Gegen die darüber ergehende Entscheidung muß daher die Berufung binnen der Präclusivfrist von 14 Tagen vom Tage der Zustellung eingelegt werden. — Subh.-Ord. §. 31.

Wird ein solcher Einspruch, auf dieselben Gründe gestützt, in dem mittlerweile stattgehabten Lizitationstermine wiederholt, so ist die Berufung gegen das diesen wiederholten Einspruch verwerfende Urtheil ohne Gegenstand.

Ein Rheinländer, welcher zur Zeit, als sein Wohnort zum französischen Kaiserreiche gehörte, in französische Militairdienste trat und, nachdem er aus denselben entlassen worden, seinen Wohnsitz in Frankreich nahm, ohne von dem Rechte Gebrauch zu machen, durch Rückkehr in seine Heimath wäh-

rend der nächsten auf den Pariser Frieden folgenden sechs Jahre die Eigenschaft eines preußischen Unterthans zu erwerben, ist französischer Unterthan geblieben.

Pariser Friedensschluß vom 30. Mai 1814. Art. 17.

Die Ehe, welche eine Französin in Frankreich mit einem Franzosen eingeht, begründet für sie eine gesetzliche Hypothek nicht auf die außerhalb Frankreichs gelegenen Immobilien des Ehemannes, selbst wenn auch diese Immobilien einer Gesetzgebung unterworfen sind, welche der Ehefrau ebenfalls eine gesetzliche Hypothek einräumt.*)

Piel — Pohl und Kaufmann.

Peter Piel, geboren und wohnhaft zu Lessenich (Rheinprovinz) trat 1810, als die Rheinprovinz noch zu Frankreich gehörte, in französische Kriegsdienste, heirathete 1815, in Frankreich bleibend, die Maria Brouillard, mit welcher er 4 Kinder zeugte, Peter, Pierette verehelichte Breisdorf, Karl, Karl Joseph, und während dieser Ehe im Jahre 1821 mehrere zu Urfeld bei Bonn belegene Immobilien erwarb, an welchen er aus der Gütergemeinschaft resp. einem Testamente seiner 1833 verstorbenen Ehefrau im Ganzen mit $^{20}/_{32}$, jedes Kind dagegen mit $^{3}/_{32}$ betheiligt war. Am 12. Juli 1834 schloß er zu Paris mit der heutigen Cassationsklägerin Aglae Mathilde Louise genannt Salmon, geboren zu Isigny Departement du Calvados und wohnhaft zu Paris einen Ehevertrag, worin Letztere sich eine dos von 5000 Francs constituirte, und heirathete dieselbe am 17. Juli zu Paris, worauf er mittelst notariellen Vertrages vom 17. November 1834, *worin er sich Unterthan Seiner Majestät des Königs von Preußen nennt*, à titre de licitation und mit dem Versprechen der Gewährleistung für Hypothekarschulden seine $^{20}/_{32}$ jener Immobilien seinem Sohne Peter und den Eheleuten Breisdorf verkaufte, so daß Jeder unter Hinzurechnung des eigenen Antheils nunmehr $^{13}/_{32}$ besaß. Die $^{13}/_{32}$ des Peter gehören jetzt seinem minorennen Sohn Rene Ignace als Erbe seines Vaters.

Am 20. November 1844 nahm die heutige Cassationsklägerin, Ehefrau Peter Piel sen., mit welchem sie im Jahre 1840 in Urfeld bei Bonn wohnte, auf Grund der Art. 2135, 2139 des B. G. B. zur Sicherung ihrer gedachten dos eine General-Inscription auf das unbewegliche Vermögen ihres Ehemannes im Bezirke des Appellationshofes zu Köln, nach dessen am 5. Juni 1849 erfolgten Tode die Eheleute Breisdorf, Karl und Karl Joseph Piel am 5. September 1849 ihre Antheile der gedachten Immobilien, zusammen $^{19}/_{32}$, an den heutigen Cassationsverklagten Handelsmann Wilhelm Pohl verkauften, so daß dieser und der minorenne Rene Ignace (der Letztere mit $^{13}/_{32}$) jene Immobilien jetzt in ungetheilter Gemeinschaft besitzen.

Nachdem die Wittwe Piel, Cassationsklägerin, am 5. Januar 1850 auf die Gütergemeinschaft verzichtet hatte, wurden die Kinder ihres verstorbenen Ehemannes resp. der minorenne Rene Ignace Piel als Erbe seines Vaters

*) Die beiden letzten Sätze sind nur in dem Urtheile des A. G. H. vom 7. Juni 1852 ausgesprochen und in der Cassationsinstanz nicht zur Entscheidung gekommen.



Peter Piel jun. durch Urtheile vom 8. Mai und 2. November 1850 in die Zahlung der dos von 5000 Francs an die Cassationsklägerin verurtheilt, worauf diese zum Zwecke der Subhastation am 12. März 1851 einen Zahlungsbefehl an die Condemnaten und am 2. April ej. a. einen Zahlungsbefehl resp. Aufforderung, die erwähnten Immobilien abzutreten, an den Drittbesitzer Pohl erließ, welchem Beschlagnahme der Grundstücke, Subhastationspatent und Fixirung des Licitationstermins zum 7. October 1851 folgten.

Hierauf ließ Pohl mittelst Gerichtsvollzieheracts vom 29. Juli 1851 die Extrahentin der Subhastation, Wittwe Piel, vor das Landgericht zu Bonn laden, mit dem Antrage:

den Einspruch gegen die Zahlungs- und Räumungs-Aufforderung vom 2. April, sowie gegen alles derselben Gefolgte anzunehmen, demgemäß den Act vom 2. April, die Beschlagnahme-Verfügung vom 5. Mai 1851 zu vernichten, und die auf den 7. October angesetzte Subhastation zu untersagen;

und führte zur Rechtfertigung dieses Einspruchs unter Anderen an:

Das Subhastitions-Verfahren sei unzulässig und zwar:

1. weil zwischen ihnen und dem minorennen Rene Ignace Piel hinsichtlich der quaest. Immobilien noch eine ungetheilte Gemeinschaft bestehe,
2. weil Opposítin aus den geltend gemachten Titeln keine Hypothek habe, indem die beiden Urtheile nicht inscribirt und erwirkt seien, als die Güter nicht mehr Eigenthum der sämmtlichen Kinder Piel gewesen.

Aber auch als angebliche Ehefrau des Peter Piel habe sie keine Hypothek, indem

a. die Ehe im Auslande geschlossen und Mangels Erfüllung der Formalitäten nichtig sei, da die Vorschriften der Art. 170 und 63 des B. G. B. nicht beobachtet, die Verkündigungen zu Lessenich, dem Geburts- und früheren Wohnorte des Peter Piel, nicht geschehen seien, der Ehe daher der Character der Publicität fehle;
b. die Opposítin ihren Heirathsvertrag erst am 20. November 1844, mithin nach der Frist des Art. 171 ibid. habe inscribiren lassen.

Opposítin erwiderte: die gesetzlichen Formalitäten ihres Heirathsactes seien erfüllt und eine Verkündigung in Lessenich nicht erforderlich gewesen, weil ihr Ehemann bei Abschluß der Ehe schon länger als sechs Monate sein Domicil in Frankreich gehabt habe. Aus dem Ehevertrage habe sie als Ehefrau eine gesetzliche, von der Inscription unabhängige Hypothek, welche durch spätere Verkaufsverträge ihres Ehemannes nicht habe alterirt werden können, zwar anfänglich nur auf dem Antheil ihres Ehemannes an den Immobilien gehaftet habe, mit seinem Tode aber auf den eigenen Antheil seiner Erben übergegangen sei, so daß nunmehr die Gesammtheit der Immobilien damit bestrickt sei.

Das Landgericht zu Bonn verwarf den Einspruch durch Urtheil vom 7. October 1851, indem es erwog:

Daß zwar die dem gegenwärtigen Executionsverfahren als Titel zu Grunde liegenden Urtheile mit keiner Hypothekarinscription versehen sind; daß jedoch wegen der in diesen Urtheilen zugesprochenen Forderung vom 22. November 1844 eine General-Inscription genommen ist, welche nunmehr auch gegen den Drittbesitzer mittelst der inzwischen ergangenen rechtskräftigen Urtheile im Wege des Executionsverfahrens zur Vollziehung gebracht werden kann;

Daß nun aber bestritten wird, daß überhaupt die Forderung der Opposition mit einer Hypothek versehen sei, weil ihr Ehevertrag vom 12. Juli 1834 als in Paris geschlossen, eine Hypothek auf im Inlande gelegene Immobilien nicht begründen könne; daß jedoch die gesetzliche Hypothek der Ehefrau nicht durch den Ehevertrag, sondern durch die bloße Thatsache des Abschlusses der Ehe begründet wird, und mithin, wenn die inländische Gesetzgebung die im Auslande geschlossene Ehe als vollkommen gültig anerkennt, ihr nothwendig auch alle civilrechtlichen Folgen, wie der im Inlande geschlossenen Ehe, beigelegt werden müssen, ohne daß die Gültigkeit der Hypothek von der Eintragung der Heiraths-Urkunde in die inländischen Civilstands-Register abhängig gemacht werden konnte, da der Art. 171 des B. G. B. nur reglementarischer Natur ist, und an die Unterlassung dieser Förmlichkeit keinerlei Präjudiz knüpft, daß daher der Opposition die gesetzliche Hypothek der Ehefrauen im untergebenen Falle um so weniger versagt werden kann, als ihr Ehemann, der unbestritten die Eigenschaft eines Preußischen Unterthanen niemals verloren, nach Eingehung der Ehe sein Domicil im Inlande genommen und bis zu seinem Tode behalten hat; daß zwar Opponent auch die Gültigkeit der Ehe bestreitet, weil die im Art. 170 des B. G. B. vorgeschriebenen Verkündigungen im Inlande unterlassen worden seien; daß jedoch der Art. 170, der nur die absichtliche Umgehung der inländischen Gesetze verhindern will, auf den Fall offenbar nicht anwendbar ist, wo der im Auslande zur Ehe schreitende Inländer bereits seit langen Jahren im Auslande sich aufhält und im Inlande weder ein gesetzliches, noch factisches Domicil mehr hat; daß demnach sämmtliche Einreden des Opponenten unbegründet erscheinen, und somit der erhobene Einspruch lediglich zu verwerfen ist rc.

Im Licitations-Termine vom 7. October wiederholte Pohl seinen Einspruch und zwar:

1. weil an den Immobilien eine ungetheilte Gemeinschaft noch bestehe,
2. die nicht inscribirten Urtheile keine Hypothek hervorgebracht hätten,
3. der Ehevertrag der Opposition nach Art. 2127, 2128 des B. G. B. keine Hypothek erzeuge,
4. die Ehe selbst nach Art. 170, 63, 171 des B. G. B. der mangelnden Publication und Eintragung wegen nichtig, mithin Dritten gegenüber wirkungslos sei und keine Hypothek begründe,

worauf licitirt, dem heutigen Cassationsverklagten Kaufmann der Zuschlag ertheilt und die Parteien zur Entscheidung über den Einspruch vor das Landgericht zu Bonn verwiesen wurden, welches denselben am 28. October verwarf, indem es in Betracht zog:

J. E., daß der frühere, nach Zustellung des Subhastations-Patents erhobene Einspruch des Opponenten das ganze Verfahren bis zum Licitationstermine umfaßte, und in Folge dieses Einspruches die Frage über die Zulässigkeit des Executionsverfahrens auf Grund der vorliegenden Titel bereits Gegenstand richterlicher Entscheidung gewesen ist;

Daß daher die nunmehrigen Einreden des Opponenten, insoweit sie wiederholt diese Frage und die Gültigkeit des Verfahrens vor dem Licitationstermine berühren, unzulässig erscheinen, vielmehr jetzt nur noch die formelle Gültigkeit des Verfahrens im Licitationstermine selbst critisirt werden kann;

Daß in dieser Hinsicht die Nichtigkeit des Zuschlages wegen angeblich unrichtiger Bezeichnung des Standes resp. Vornamens zweier Subhastaten behauptet wird;

Daß jedoch eine Nichtigkeitseinrede gegen das Adjudications-Urtheil aus diesem Umstande nicht hergeleitet werden kann, nachdem derselbe bei dem Einspruche gegen das vorhergehende Verfahren, wo überall die nämliche Bezeichnung der Subhastaten gebraucht war, nicht gerügt worden ist 2c.

Gegen das Urtheil vom 7. October, zugestellt auf Anstehen der Opposition am 6. December, appellirte Pohl am 23. December, mithin nach Ablauf der im §. 31 der Subhastationsordnung erwähnten 14tägigen Frist und gegen das nicht zugestellte Urtheil vom 28. October appellirte er am 20. December gegen die Opposition, jedoch nicht gegen den Ansteigerer Kaufmann.

Appellatin brachte beide Sachen auf die Rolle des Appellationshofes, vor welchem antrugen:

A. in der ersten Sache Appellant: die Berufung wider das Urtheil vom 7. October annehmend, den mittelst Gerichtsvollzieher-Actes vom 29. September erhobenen Einspruch anzunehmen;

Appellatin: diesen Einspruch als ungegründet zu verwerfen.

B. in der zweiten Sache Appellant: mittelst Reformation des Urtheils vom 28. October den im Licitationstermine erhobenen Einspruch anzunehmen, die Subhastation zu vernichten u. s. w.

Appellatin: die Berufung als ungegründet zu verwerfen.

Hierauf wurden beide Sachen nach einander verhandelt, wobei Appellatin die Unstatthaftigkeit der Appellation gegen das Urtheil vom 28. October Mangels Appellation gegen den Ansteigerer behauptete und dadurch den Appellanten zu dem Subsidiar-Antrage veranlaßte: ihm eine Frist zur Beiladung des Ansteigerers zu gestatten, worauf der Appellationshof am 5. April 1852 dahin erkannte:

> Verbindet beide Sachen und gestattet dem Appellanten eine Frist von vier Wochen nach Zustellung . . ., um den Ansteigerer in den Prozeß zu setzen,

sich darauf stützend:

Daß bei der theilweisen Identität der in beiden Prozessen zu entscheidenden Streitpunkte die Verbindung beider Sachen nöthig erscheine; daß die Berufung wider das Urtheil vom 28. October in der Hauptsache zur Zeit nicht abgeurhteilt werden könne, weil der Ansteigerer nicht im Prozesse sei; daß es unstatthaft, über die Rechtsbeständigkeit des Subhastationsverfahrens eine Entscheidung zweiter Instanz zu provociren, ohne diejenigen in den Prozeß zu setzen, welche das Gesetz als Partei betrachte;

Daß aus diesem Grunde zwar jetzt schon die Berufung wider das Urtheil vom 28. October 1851 als unannehmbar zurückgewiesen werden könnte, daß aber abgesehen von den hieraus für den Appellanten sich ergebenden nachtheiligen Folgen in Betreff der Procedur über den Einspruch wider die Zahlungs-Aufforderung nach Lage der Sache und besonders mit Rücksicht darauf, daß die Appellatin diese Unannehmbarkeitseinrede erst bei der mündlichen Verhandlung der Sache zur Sprache gebracht hat, genügende Veranlassung vorliegt, dem Appellanten die von ihm begehrte Frist zur Ausdehnung der Berufung wider den Ansteigerer Kaufmann zu bewilligen;

Daß hiernach aber, da nach dem Gesagten der künftigen zwischen den sämmtlichen Parteien im Subhastationsverfahren zu erlassenden Entscheidung in den wichtigsten Punkten durch ein gegenwärtig schon ergehendes Urtheil über die Opposition wider die Zahlungs-Aufforderung präjudicirt würde,

auch in sachlicher Hinsicht die Verbindung beider Proceduren nöthig erscheint, um dem Ansteigerer die Gelegenheit zu verschaffen, rücksichtlich aller zur Entscheidung kommenden Streitfragen sein Interesse geltend zu machen rc.

Bei der späteren Verhandlung unter allen Parteien, wobei die Appellatin und der Ansteigerer der Berufung gegen das Urtheil vom 7. October die Einrede der Verspätung entgegensetzten, weil dieselbe nicht binnen 14 Tagen interponirt worden, trugen an:

Appellant: unter Verwerfung dieser Einrede die Berufung wider beide Urtheile, sowie beide Einsprüche anzunehmen, mithin Zahlungsbefehl, Beschlagnahme und Licitation zu vernichten;

Appellatin: die Berufungen als verspätet resp. unannehmbar oder ungegründet zu verwerfen, wohin auch der Antrag des Ansteigerers ging.

Appellant führte unter Anderen an: Peter Piel Vater sei bei Eingehung der Ehe mit der Appellatin nicht Rheinpreuße, sondern Franzose gewesen, 1810 als französischer Unterthan in französische Kriegsdienste getreten und sei später Franzose geblieben; keine Thatsache liege vor, die eine Veränderung dieser Eigenschaft vor 1840, wo er an den Rhein zurückgekehrt, begründen könne; man beziehe sich aber auch auf Art. 7 des zweiten Pariser Friedens (vom 20. November 1815), wonach jedem Insassen Frankreichs und der von ihm losgerissenen Theile während 5 Jahren der Umzug aus dem einen Territorium in das andere mit dem Beifügen gestattet werde, daß Jeder nach 5 Jahren so betrachtet werde, als ob er Eingeborner desjenigen Landes sei, wo er sich alsdann niedergelassen haben werde; mithin stelle sich die Frage so: ob die Ausländerin, die mit einem Inländer — soll nach den Prämissen wohl Ausländer heißen — im Auslande zur Ehe schreite, die gesetzliche Hypothek des Art. 2121 des B. G. B. geltend machen könne? was zu verneinen sei.

Mit dieser Fassung der Frage übereinstimmend, ist in den Qualitäten des Appellationsurtheiles gesagt:

> „der Einspruch sei erhoben, weil die Ehe von einem Inländer mit einer Ausländerin im Auslande geschlossen, ohne daß die Förmlichkeiten der Verkündigung hier statt gefunden, und auch die Ehe nach der Rückkehr an den Rhein nicht binnen der Frist des Art. 171 in die diesseitigen Civilstandsregister eingetragen worden, mithin keine von Pohl zu vertretende Hypothek auf den quaest. Gütern existire."

Außerdem stützte sich Appellant, soweit es nach Lage der Sache auf seine Gründe noch ankommt, darauf, daß, wenn Appellatin eine Hypothek auf die von Piel Vater herrührenden, in dem Pohlschen Antheil steckenden $^{10}/_{32}$ habe, ihr doch das Verfolgungsrecht gegen den Drittbesitzer fehle, da eine Theilung der mit Hypothek beschwerten von den nicht beschwerten Antheilen hätte vorausgehen müssen, die Urtheile nicht inscribirt und nur der Ehevertrag in die Hypothekenregister eingetragen, auf diese aber ausweise der Zahlungs- resp. Räumungs-Aufforderung die Subhastation nicht gestützt sei.

Die beiden Appellaten erwiderten: Peter Piel sei in dem Augenblick, wo die Rheinprovinz preußisch wurde, seiner Uebersiedelung nach Frankreich ungeachtet, preußischer Staatsbürger geworden und geblieben, da er sich auf Grund des französischen Gesetzes vom 14. October 1814 in Frankreich nicht habe naturalisiren lassen, nicht einmal nach zehnjährigem Aufenthalt in Frankreich die in jenem Gesetze vorgeschriebene Erklärung, sich in Frankreich fixiren zu wollen, bei der betreffenden Ortsbehörde abgegeben und sich

in dem Acte vom 17. November 1834 selbst Unterthan Seiner Majestät des Königs von Preußen genannt habe. Einer Theilungsklage habe es nicht bedurft, weil Appellatin gegen sämmtliche Descendenten ihres Mannes für ihre dos Urtheile erwirkt habe, diese daher auch gegen Alle im Wege der Subhastation zur Vollstreckung bringen könne.

Appellant endlich wollte die Berufung wider das Urtheil vom 7. October nicht als verspätet ansehen, weil der Zahlungsbefehl dem mit der Beschlagnahme beginnenden Verfahren vorhergehe, mithin außerhalb des Verfahrens liege und folglich der Streit darüber nicht als Incident im Verfahren qualificirt werden könne.

Hierauf erkannte der Appellationshof zu Köln am 7. Juli 1852 dahin:

„Reformirt die beiden Urtheile des Königl. Landgerichts zu Bonn vom 7. und 28. October 1851, nimmt, an deren Statt erkennend, den durch Act des Gerichtsvollziehers Oppermann am 29. Juli 1851 gegen die Zahlungs-Aufforderung vom 2. April 1851 und den im Licitationstermine vom 7. October 1851 erhobenen Einspruch an, hebt demgemäß jene Zahlungs-Aufforderung nebst Allem, was darauf gefolgt ist, namentlich die Beschlagnahme-Verfügung vom 7. Mai ejusdem und die darauf gefolgte Licitation vom 7. October 1851 auf." &c.

indem er erwog:

J. E. auf die der Berufung wider das Urtheil vom 7. October 1851 entgegengesetzte Einrede der Verspätung;

Daß, — abgesehen von der Frage, ob der Appellat Kaufmann, welcher in dem durch dieses Urtheil erledigten Rechtsstreite gar nicht Partei war, wegen des Zusammenhanges dieser Sache mit der Procedur über den im Licitationstermine erhobenen Einspruch überhaupt befugt sei, jene Verspätungseinrede vorzubringen, und abgesehen von der ferneren Frage, ob die Mitappellatin Wittwe Piel mit dieser Einrede noch gehört werden könne, nachdem sie bei der früheren Verhandlung der Sache ohne allen Widerspruch gegen die Statthaftigkeit der Berufung Anträge in der Hauptsache genommen hat, — die vorgeschützte Verspätungseinrede selbst sich als unbegründet darstellt;

Daß nämlich der §. 31 der Subhastationsordnung, wonach die Berufung bei deren Verlustigung, in 14 Tagen vom Tage der an die Partei gemachten Insinuation des Urtheils eingelegt werden muß, seiner Wortfassung nach nur auf die in Gemäßheit der §§. 19 und folgenden im Subhastationsverfahren selbst vorgebrachten und nach Anleitung der betreffenden Bestimmungen verhandelten Oppositionen bezogen werden kann, und eine analoge Ausdehnung dieser Vorschrift jedenfalls in dem Falle unstatthaft erscheint, wenn, wie untergebens, der dem Subhastationsverfahren vorhergehende, die Immobilar-Beschlagnahme androhende Zahlungsbefehl durch Opposition angegriffen und darüber in einer besonderen Procedur entschieden ist;

J. E. zur Sache, u. s. w. (hier folgt die Beseitigung einer Inqualifications-Einrede)

J. E., daß dagegen in der Hauptsache der erste Richter ohne zureichende Gründe angenommen hat, daß der verstorbene Peter Piel senior zur Zeit der Besitzergreifung der Rheinprovinz durch Preußen, preußischer Unterthan gewesen, auch bis zu seinem im Jahre 1849 erfolgten Tode geblieben sei;

Daß vielmehr bei den unbestrittenen Thatsachen, daß Peter Piel sen. im Jahre 1810 seinen Wohnort, der damals zum französischen Kaiserreiche gehörte, verlassen, um in französische Militairdienste zu treten, daß er sodann, nachdem er aus dem Militairdienste entlassen, seinen Wohnsitz in Paris genommen, sich dort im Jahre 1815 verheirathet, und diesen Wohnsitz bis zum Jahre 1840 unverändert beibehalten hat, nachdem er im Jahre 1834 in Paris zur zweiten Ehe geschritten war, es um soweniger einem gegründeten Bedenken unterliegen kann, daß für ihn das französische Unterthanen-Verhältniß unverändert fortbestanden habe, als er von der ihm durch den Art. 17 des Pariser Friedens vom 30. Mai 1814 eingeräumten Befugniß, durch Rückkehr in seine Heimath während der nächsten folgenden sechs Jahre die Rechte und die Eigenschaft eines preußischen Unterthans zu erwerben, keinen Gebrauch gemacht hat;

Daß hiergegen auch die Eigenschaft, welche Peter Piel senior sich in dem Kaufacte vom 17. November 1834 selbst beigelegt hat, rechtlich nicht in Betracht kommen kann;

Daß hiernach aber die Ehe, welche die Appellatin im Jahre 1834 zu Paris mit dem Peter Piel senior einging, zu ihren Gunsten eine gesetzliche Hypothek auf die in Rede stehenden, außerhalb Frankreich gelegenen Immobilien nicht begründen konnte;

Daß in dieser Hinsicht zwar die Bestimmung des Art. 2128 des B. G. B. nicht angerufen werden kann, weil die Appellatin ihre Hypothek nicht sowohl aus dem vor der Ehe mit Peter Piel senior vor Notar Aubry abgeschlossenen Ehevertrage, als vielmehr aus dem französischen Civilgesetzbuche herleitet, welches an die Abschließung der Ehe für gewisse Ansprüche zu Gunsten der Ehefrau ein der Inscription nicht unterworfenes Hypothekarrecht knüpft;

Daß aber diese Vorschrift des französischen Civilgesetzbuches nach allgemeinen Grundsätzen eine Wirksamkeit über die Grenze des französischen Gebietes hinaus in der Art nicht äußern kann, daß dadurch auch die in einem fremden Territorium gelegenen Immobilien des Ehemannes zu Gunsten seiner Ehefrau belastet würden;

Daß die Richtigkeit dieses Satzes am entscheidensten in denjenigen Fällen hervortritt, in denen die Gesetzgebung des fremden Territoriums überhaupt die Legal-Hypothek der Ehefrau nicht kennt;

Daß jedoch auch in dem Falle, in welchem, wie in der vorliegenden Sache, die auswärtige Gesetzgebung der Ehefrau eine gesetzliche Hypothek ebenfalls eingeräumt hat, eine von jenen Grundsätzen abweichende Entscheidung nicht begründet erscheint, da die fremde Gesetzgebung die den Ehefrauen gewährte Begünstigung ihrerseits wiederum nur an eine solche Ehe knüpft, welche von den ihrer Herrschaft unterworfenen Personen abgeschlossen worden ist;

Daß u. s. w. (hier folgen noch einige factische Erwägungsgründe).

Gegen beide Urtheile vom 5. April und 7. Juni hat die in den Instanzen und auch jetzt zum Armenrechte zugelassene Wittwe Piel dem Pohl und Kaufmann gegenüber den Cassations-Recurs rechtszeitig ergriffen und sieben Cassationsmittel aufgestellt.

I. Verletzung der §§. 27, 29, 30, 31 der Subhastationsordnung vom 1. August 1822 und Machtüberschreitung.

Nach den allegirten Paragraphen der Subhastationsordnung hätte die Berufung gegen das landgerichtliche Urtheil vom 28. October 1851 nicht

blos gegen die Extrahentin, sondern auch gegen den Ansteigerer gerichtet werden müssen und leide daher an einem wesentlichen, in jeder Lage der Sache geltend zu machenden (Art. 173 B. P. O.), ja von Amtswegen zu berücksichtigenden unheilbaren Mangel, welchem der Richter durch Fristbewilligung zur Beiladung des Ansteigerers ohne Machtüberschreitung nicht abhelfen dürfe, welche Letztere zumal dann vorliege, wenn er eine vierwöchentliche Frist gestatte, während nach §. 31 der Subhastationsordnung 14 Tage nach Zustellung des Urtheils die Berufung bei deren Verlust eingelegt werden muß, Art. 444 der B. P. O. Die Fälle der Fristenbewilligung (Art. 1244 des B. G. B., Art. 279 der B. P. O.) seien genau vorgeschrieben und dürfe der Richter in anderen Fällen das Interesse der einen Partei auf Kosten der anderen nicht wahrnehmen; (Archiv Bd. 44, 1. p. 15—17. Bd. 45. 1. p. 51—53. Bessel, Subhastation, p. 185). Die Berufung sei daher unannehmbar.

Der Cassationsverklagte Pohl erblickt in der Aussetzung des Urtheils des Appellationshofes Behufs Beiladung des Ansteigerers eine einfache, dem Ermessen des Richters überlassene Vertagung, wie denn auch kein Gesetz dem Richter bei Strafe der Nichtigkeit gebiete, an einem bestimmten Tage Recht zu sprechen. Hätte die Appellation auch gegen alle Interessenten inclusive des Ansteigerers gerichtet werden müssen, so könne sie doch successive eingelegt werden, wenn nur der Appellant jedem Appellaten gegenüber die Frist einhalte. Von unheilbaren Mängeln und Fristgestattungen im Sinne des Art. 1244 des B. G. B. und des Art. 279 der B. P. O. sei hier keine Rede; die im Archiv enthaltenen Urtheile entschieden die jetzige Frage nicht und der angeführte Autor bezweifele die Zulässigkeit einer Fristgestattung nur, wenn einem der Interessenten gegenüber die vierzehntägige Berufungsfrist ungenützt verstrichen sei, was hier nicht zutreffe, da nicht behauptet werde, daß der Ansteigerer das landgerichtliche Urtheil habe zustellen lassen.

II. Verletzung der ad I angezogenen Gesetze und des §. 19 der Subhastationsordnung, Verspätung der Berufung gegen das Urtheil vom 7. October 1851.

Das Recht und Interesse des Ansteigerers, die Verspätungseinrede zu machen, sei mit Rücksicht auf das erste Urtheil des Appellationshofes und die §§. 27 — 31 der Subhastationsordnung unverkennbar. Die Frage nach dem Fatale, öffentlicher Ordnung, werde durch keine Einlassung gedeckt (Art. 173 der B. P. O.), brauche aber nicht weiter untersucht zu werden, weil der Richter davon abgesehen und sie nicht gegen die Cassationskläger entschieden habe. In der Sache selbst komme §. 31 der Subhastationsordnung zur Anwendung, wonach das Verfahren über alle oben angeführte Incidentpunkte summarisch sei und die Berufung bei deren Verlust in 14 Tagen vom Tage der Urtheilszustellung eingelegt werden müsse; das Verfahren beginne mit dem Zahlungsbefehl, alle Einreden gegen das Verfahren zwischen diesem Befehl und der adjudicatoria seien nur Incidentpunkte, mithin dem §. 31 unterworfen, was der Appellationshof auch stets angenommen habe. Archiv Bd. 44, 1. pag. 23—27. Bd. 45, 1. p. 164. Bessel, l. c. und pag. 186. Auch in anderen Fällen (Archiv Bd. 44, 1, p. 11) habe er die Vorschriften der Subhastationsordnung strenge interpretirt und jetzt bewillige er Berufungsfristen, wodurch der Zweck des Verfahrens, die Absicht des Gesetzgebers vereitelt werde. Gestatte man auch, trotz des §. 19 der Subhastationsordnung, Separatprozesse vor dem Licitationstermine, so beträfen sie doch nur Incidentpunkte. Lege endlich

der Richter darauf Gewicht, daß der Prozeß nur die Immobiliar-Beschlagnahme betreffe, so übersehe er den Antrag: „alle Proceduracte, den Zahlbefehl, die Beschlagnahme zu vernichten und den Licitationstermin aufzuheben."

Uebrigens sei die Berufung gegen das Urtheil vom 7. October — gegen die der Subhastation vorangehenden Acte — gegenstandlos, wenn die Berufung gegen das Urtheil vom 28. October — die Gültigkeit der Subhastation — unannehmbar ist.

Der Cassationsverklagte Pohl. Da der Ansteigerer keinen Recurs ergriffen, so könnte sich nur fragen, ob Cassationskläger nach Einlassung auf die Sache selbst die Verspätungseinrede noch habe machen können? eine Frage, welche der Appellationshof mit Recht nicht erörtere, weil jene Einrede unbegründet sei. Der eine Ausnahmebestimmung enthaltende §. 31 sei eben deshalb wörtlich zu nehmen, beziehe sich nur auf die im §. 19 seq. angeführten Incidentpunkte, welche zum Protocolle des Friedensrichters angemeldete Einreden oder Ansprüche zum Gegenstande haben, während bei schon vor dem Licitationstermin eingelegter Opposition bezüglich des Verfahrens in beiden Instanzen das gewöhnliche Verfahren Platz greife, weil für solche Fälle Ausnahme-Bestimmungen nicht vorhanden, Appellant daher an die vierzehntägige Frist nicht gebunden sei.

Die übrigen fünf Cassationsmittel wurden durch den Referenten ebenfalls vorgetragen und demnächst Seitens der Parteien erörtert, brauchen aber in dem gegenwärtigen Urtheil nicht näher angeführt zu werden, weil sie ausweise desselben nicht zur Entscheidung gelangt sind.

Urtheil:

J. E. auf das erste und zweite Cassationsmittel: daß die Einrede der Verspätung der Berufung gegen das landgerichtliche Urtheil vom 7. October 1851 in jeder Lage der Sache Seitens der Cassationsklägerin vorgebracht werden konnte, und diese Verspätung selbst von Amtswegen berücksichtigt werden mußte;

Daß jeder Subhastations-Prozeß, da der Friedensrichter nur der Deputirte des Landgerichtes, des eigentlichen Subhastationsrichters, ist, vom Augenblicke des Beschlagnahme-Antrages bei dem Landgerichte anhängig ist;

Daß mithin der mittelst besonderer, durch die Subhastationsordnung nicht ausgeschlossener Ladung bei dem Landgerichte zu Bonn formirte, Einreden gegen die Zulässigkeit des Subhastationsverfahrens bis zum Licitationstermine (§. 19 der Subhastationsordnung) zum Gegenstande habende Antrag des Cassationsverklagten Pohl vom 29. Juli 1851:

> den Einspruch gegen die Zahlungs- resp. Räumungs-Aufforderung vom 2. April, sowie gegen Alles derselben gefolgte anzunehmen, demgemäß den Act vom 2. April, die Beschlagnahme-Verfügung vom 5. Mai 1851 zu vernichten und die auf den 7. October angesetzte Subhastation zu untersagen —

einen wahren Incidentpunkt bildete, von dessen Entscheidung daher zufolge §. 31 der Subhastationsordnung vom 1. August 1822 binnen 14 Tagen vom Tage der Zustellung appellirt werden mußte;

Daß dieser Einspruch im Licitationstermine wiederholt wurde und von der darauf folgenden Entscheidung des Landgerichtes innerhalb vierzehn Tagen zu appelliren war, mit dieser abgekürzten Berufungs-Procedur aber eine daneben einhergehende Berufung gegen das erste landgerichtliche Urtheil mit der gewöhnlichen dreimonatlichen Berufungsfrist völlig unvereinbar und

dem Geiste der Subhastationsordnung — Beschleunigung des Prozesses — durchaus zuwider ist, somit aber der 2. Richter den §. 31 der Subhastationsordnung verletzte, wenn er die erst nach 14 Tagen seit der Zustellung eingelegte Berufung gegen das Urtheil vom 7. October 1851 als verspätet nicht zurückwies;

Daß zwar die Berufung gegen das Urtheil vom 28. October 1851 statthaft war, weil das letztere dem Cassationsverklagten Pohl gar nicht zugestellt worden, gegen ihn daher die 14tägige Berufungsfrist noch gar nicht lief, um so mehr also auf die anticipirte Berufung gegen die Cassationsklägerin der Ansteigerer noch nachträglich beigeladen werden durfte;

Daß aber diese Berufung als gegenstandlos zu verwerfen gewesen wäre, weil das Urtheil vom 7. October 1851 dem Appellanten gegenüber alle Einreden gegen das Verfahren bis zum Licitationstermine bereits rechtskräftig verworfen hatte und Einreden gegen das im Termine beobachtete Verfahren gar nicht geltend gemacht worden waren;

Daß es hiernach auf eine Prüfung der übrigen Cassationsmittel nicht weiter ankommt.

Aus diesen Gründen

vernichtet das Königl. Ober-Tribunal, V. Civilsenat (Rheinischer Senat), die Urtheile des Königl. Appellationsgerichtshofes zu Köln vom 5. April und 7. Juni 1852, verordnet die Beischreibung dieses Urtheils am Rande der vernichteten, legt dem Cassationsverklagten Pohl die Kosten zur Last und verordnet deren Distraction zu Gunsten des Staats und des Anwalts der Cassationsklägerin;

Und, indem es in der Sache selbst erkennt:

Weiset es aus den vorstehenden Gründen die Berufung gegen das Urtheil des Königl. Landgerichts zu Bonn vom 7. October 1851 als verspätet, die gegen das Urtheil desselben Landgerichts vom 28. October 1851 als gegenstandlos zurück und verurtheilt den Appellanten Pohl den Appellaten Piel und Kaufmann gegenüber in die Kosten der zweiten Instanz.

Sitzung vom 12. April 1853.

Ref.: H. G. O. R. R. Hermes, — Concl.: H. O. St. A. Oppenhoff.
Advokaten: Volkmar — Dorn.

Unzucht. — Strafbarkeit des gewerbsmäßigen Betriebes derselben.

Der objective Thatbestand der von Weibspersonen „den polizeilichen Anordnungen zuwider" gewerbsmäßig betriebenen Unzucht ist vorhanden, sowohl wenn den etwa bestehenden, die Bordellwirthschaft regulirenden polizeilichen Anordnungen zuwider gehandelt wird, als auch wenn an einem Orte, wo solche polizeiliche Anordnungen nicht bestehen und daher Bordelle gesetzlich nicht geduldet sind, von Weibspersonen gewerbsmäßig Unzucht getrieben wird.

§. 146 Str. G. B.

Oeffentl. Ministerium — Kaiser u. Krumm.

Durch die Urtheile der Zuchtpolizeikammer des Landgerichtes zu Köln vom 22. December 1852 und 17. Februar 1853, sind Emma Kaiser, Dienstmagd und Martha Krumm, Näherin, beide zu Köln wohnhaft, der gewerbsmäßig getriebenen Unzucht zwar überführt erklärt, aber von Strafe freigesprochen worden, weil keine polizeiliche Anordnung, welcher sie zuwider gehandelt haben könnten, nachgewiesen worden sei.

Das öffentl. Ministerium hat rechtzeitig den Cassations-Recurs ergriffen, und sich auf die in der Sache gegen Gertrud Rick und Complicen entwickelten Gründe bezogen, also lautend:

Zur Zeit der Abfassung und Einführung des Strafgesetzbuches hätten die Bordelle als eine besondere Ausnahme von der allgemeinen Regel (§. 1023 Thl. II. Tit. 20 des Allg. Landrechts — Cabinets-Ordre vom 15. Januar 1825) bestanden, die Möglichkeit solcher Ausnahmen habe das Gesetz erhalten, nicht die gewerbsmäßige Unzucht in Städten und auf dem Lande erlauben, nicht der Polizei die weit über die Befugnisse, welche das Gesetz vom 11. März 1850 gebe, hinausgehende Macht geben wollen, diese Unzucht hier oder dort dem §. 146 des Str. G. B. zu unterwerfen; durch Aufhebung der Bordelle sei nur die Ausnahme, nicht die Regel weggefallen. Diese Auslegung stehe mit dem Wortlaute des §. 146 nicht in Widerspruch, wenn man das „zuwider" wie „nicht in Gemäßheit" verstehe. Die Verwaltungs-Behörden, der Anklage-Senat, früher die Appellations-Kammer, selbst das Königl. Ober-Tribunal in einem Urtheile vom 7. Mai 1852 hätten diese Ansicht für die richtige angesehen.

Der Antrag wird auf Cassation des angegriffenen Urtheils wegen falscher Auslegung und Verletzung des §. 146 des Str. G. B., *in der Sache selbst* auf Reformation des Urtheiles erster Instanz und Aussprechung der in demselben genommenen Anträge gerichtet.

Urtheil:

I. E., daß die gewerbsmäßige Unzucht auch in der Rheinprovinz (nach der Cabinets-Ordre vom 15. Januar 1825 und dem Allg. Landrecht Thl. II. Tit. 20. §. 1023 und fg). mit dreimonatlicher Zuchthausstrafe geahndet wurde, und nur in Betreff der bei der Polizei gemeldeten, im Interesse der Sittlichkeit, Sicherheit und Gesundheitspolizei getroffenen polizeilichen Anordnungen unterworfenen Lohnhuren eine Ausnahme gemacht war;

Daß der §. 146 des jetzigen Str. G. B. dieselbe Regel mit derselben Ausnahme feststellt, nur in Beziehung auf die Strafart und das Strafmaß eine mildere Bestimmung enthält, und insbesondere da, wo das Gewerbe unter gewissen Bedingungen geduldet wird, die Strafe derer, welche es treiben, ohne die Bedingung erfüllt zu haben, keinem Zweifel unterliegen kann;

I. E., daß hiernach zu entscheiden ist: Ob durch Schließung der Bordelle die gesetzliche Regel sich ändere, oder nur die Ausnahme ihre Erledigung finde?

I. E., daß ersteres schon deshalb nicht anzunehmen, weil ein Gewerbe dadurch nicht frei wird, daß die Polizei demselben jede Duldung versagt; daß vielmehr eben die Entziehung oder unbedingte Verweigerung jeder Concession diejenige polizeiliche Anordnung ist, welche, so lange sie in Kraft bleibt, den gewerbsmäßigen Betrieb der Unzucht verhindern, die Einrede des Ausnahmefalles abschneiden soll;

J. E., daß bei Wegfallen der Ausnahme die Regel zur Anwendung kommt, ohne daß es dieserhalb einer Verfügung der Behörde bedarf, da sie aus dem Gesetze selbst folgt;

J. E., daß hiernach das angegriffene Urtheil, indem es die Cassationsverklagten der gewerbsmäßig betriebenen Unzucht für überführt erklärt, und demnach den §. 146 des Str. G. B. wegen angeblichen Mangels der zur Bestrafung erforderlichen Bedingungen nicht angewendet hat, dieses Gesetz verletzt hat;

Aus diesen Gründen

cassirt das Königl. Ober-Tribunal, Senat für Strafsachen, II. Abtheilung, das Urtheil der correktionellen Appellationskammer des Landgerichtes zu Köln vom 17. Februar 1853, und verordnet die Beischreibung des gegenwärtigen Urtheils am Rande des cassirten, unter Verurtheilung der Cassationsverklagten in die Kosten;

Und, indem es in der Sache selbst erkennt:

Nimmt es aus denselben Gründen die Berufung des öffentl. Ministeriums von dem Urtheile der Zuchtpolizeikammer des Landgerichtes zu Köln vom 22. December 1852 an, und mit Anwendung des §. 146 des Str. G. B. welcher lautet: u. s. w.

Verurtheilt es wegen gewerbsmäßigen Betriebes der Unzucht wider polizeiliche Anordnungen die Beschuldigten Emma Kaiser und Martha Krumm, und zwar jede derselben zu einer vierzehntägigen Gefängnißstrafe, und beide solidarisch in die Kosten des Verfahrens.

Sitzung vom 21. April 1853.

Ref.: H. O. Tr. R. v. Oppen. — Concl.: H. O. St. A. Oppenhoff.

Presse. — Candidatenliste.

Die Vorschrift, daß jede Druckschrift vor ihrer Ausgabe oder Versendung der Ortspolizeibehörde eingereicht werden und auf derselben der Namen und Wohnort des Druckers genannt sein muß, erleidet eine Ausnahme nur hinsichtlich derjenigen Drucksachen, welche zu den Bedürfnissen des Gewerbes und Verkehrs, des häuslichen und geselligen Lebens dienen.

Hieher sind im Allgemeinen gedruckte Candidatenlisten, welche dazu bestimmt sind, die in denselben bezeichneten Personen als Candidaten für gewisse Wahlämter zu empfehlen und in Vorschlag zu bringen, und dieses ausdrücken, nicht zu zählen.

Oeffentl. Ministerium. — Pütz u. Nachtigall.

Am 30. November sollte zu Kreuznach die Wahl von sechs Stadträthen stattfinden. Der Buchdrucker Adolph Pütz ist geständig, daß er auf Bestellung des Kaufmannes Stöck daselbst, vor der Wahl, 384 Zettel gedruckt, welche unter der Aufschrift: „Stadträthe“ und den Rubriken „erste Klasse,“ „zweite Klasse,“ „dritte Klasse,“ die Namen von je zwei Candidaten ent-

hielten. Name und Wohnort des Druckers sind auf den Zetteln nicht genannt und ist auch kein Exemplar derselben bei der Ortspolizei-Behörde eingereicht. Der Hausknecht Karl Nachtigall zu Kreuznach hat bei seiner polizeilichen Vernehmung zugestanden, daß er am 25. November zu einer Gesellschaft im Gasthofe zum Adler gerufen worden, von derselben zum Buchdrucker Pütz geschickt sei, mit dem Auftrage, die von Pütz gedruckten Zettel abzuholen, daß er diesen Auftrag ausgeführt, und die Zettel in dem Gastzimmer auf den Tisch gelegt habe. Pütz und Nachtigall wurden, der Erstere wegen des Druckes ohne polizeiliche Erlaubniß, der Letztere wegen Verbreitung der Zettel vor das Polizeigericht gestellt, woselbst der eidlich vernommene Gutsbesitzer Schneegans bekundete, „daß er die Zettel im Gasthofe zum Adler auf den Tischen liegen gesehen habe," und der Polizeianwalt auf Grund der §§. 5, 7, 8, 39 und 41 des Gesetzes vom 12. Mai 1851 gegen jeden Beschuldigten eine Geldstrafe von Einem Thaler, event. Gefängnißstrafe von Einem Tage beantragte. Das Polizeigericht erkannte auf Freisprechung, weil die fraglichen Zettel zu den Ausnahmen des §. 5 des erwähnten Gesetzes gehörten, in Betreff welcher weder die Benennung des Druckers und seines Wohnortes, noch die Hinterlegung bei der Ortspolizeibehörde vorgeschrieben sei.

Gegen dieses am 8. December 1852 erlassene Urtheil hat der Polizeianwalt am 10. ej. den Cassations-Recurs ergriffen.

In dem Einsendungsberichte wird ausgeführt, daß „Wahlzettel" den Ausnahmefällen des §. 5 jenes Gesetzes nicht beizuzählen seien, da sie keine Drucksachen für Bedürfnisse des Gewerbes oder Verkehrs, oder des häuslichen und geselligen Lebens seien. Es wird Vernichtung des angefochtenen Urtheils und Erlaß eines Strafurtheils nach dem Antrage des Polizeianwaltes begehrt. Die Cassationsverklagten haben nicht geantwortet.

Urtheil:

J. E., daß von der Regel der §§. 5 und 7 des Gesetzes vom 12. Mai 1851, wonach alle Druckschriften mit dem Namen und Wohnorte des Druckers versehen und vor der Ausgabe der Ortspolizeibehörde eingereicht werden sollen, nach §. 5 nur solche Druckschriften befreit sind, „welche zu den Bedürfnissen des Gewerbes und Verkehrs, oder des häuslichen und geselligen Lebens dienen;"

Daß, wenn hiernach die Ausnahmefälle auf die bezeichnete Kathegorie beschränkt sind, und die Beispiele im §. 5 (Formulare, Preiszettel, Visitenkarten) auch rücksichtlich des besondern Stoffes dieser Beschränkung entsprechen, die Annahme, daß gedruckte Candidatenlisten, welche dazu bestimmt sind, die in denselben bezeichneten Personen als Candidaten für gewisse Wahlämter zu empfehlen, und in Vorschlag zu bringen und dieses ausdrücken, an und für sich im Allgemeinen schon den Ausnahmefällen des §. 5 beizuzählen seien, nicht begründet erscheint, und daß daher das angefochtene Urtheil, welches lediglich auf dieser allgemeinen Voraussetzung beruht, den §. 5 des Gesetzes vom 12. Mai 1851 unrichtig ausgelegt, mithin verletzt hat;

Aus diesen Gründen

cassirt das Königl. Ober-Tribunal, Senat für Strafsachen, II. Abtheilung, das Urtheil des Polizeigerichts zu Kreuznach vom 8. December 1852, verordnet die Beischreibung dieses Urtheils am Rande des cassirten, legt den Cassationsverklagten die Kosten zur Last, und verweis't die Sache zur Verhandlung und Entscheidung an das Polizeigericht zu Stromberg.

Sitzung vom 28. April 1853.

Ref.: H. O. Tr.R. Broicher. — Concl.: H. O. St. A. Oppenhoff.

Polizeiverordnung. — Bürgermeister einer Sammtgemeinde. — Uebertragung der Ortspolizeiverwaltung durch die Staatsregierung. — Publication der Polizeiverordnungen in den Einzelgemeinden.

Dem Bürgermeister einer Sammtgemeinde steht die Polizeiverwaltung in den zu der letztern gehörenden Einzelgemeinden nur dann zu, wenn ihm dieselbe von der Staatsregierung, d. i. von der betreffenden Provinzialregierung übertragen worden ist.

Ist dies geschehen, so kann er für den ganzen Umfang der Sammtgemeinde Polizeiverordnungen erlassen; es bedürfen dieselben jedoch zu ihrer Gültigkeit in den Einzelgemeinden der Publication in diesen. — Gemeinde-Ordnung vom 11. März 1850.

Oeffentl. Ministerium — Kimpeler.

Der Bürgermeister der Sammtgemeinde Bockum erließ am 30. August 1852 auf Grund des Gesetzes vom 11. März 1850 §. 5, eine Bekanntmachung, wonach wegen eines der Tollwuth verdächtigen Hundes „für den ganzen Umfang der Bürgermeisterei Bockum" das Festlegen der Hunde auf fünf Wochen verordnet, und Uebertretungen mit Geldstrafe von 10 Sgr. bis 3 Thlr. bedroht sind. Diese Verordnung ist zu Bockum an dem Gemeinde- und Polizei-Gebäude durch Aushang während acht Tagen und auf den Straßen und öffentlichen Plätzen daselbst, nach einem Zeichen mit der Schelle bekannt gemacht. Durch die in Betreff der Publication der Lokalpolizeiverordnungen, am 12. Juli 1850 von der Königl. Regierung zu Düsseldorf erlassenen Verordnung ist unter Andern vorgeschrieben, daß jeder Erlaß einer Ortspolizeivorschrift als Polizeivorschrift bezeichnet sein müsse, und unter Nro 5 bestimmt, daß an Orten, wo der Gemeindevorstand von der örtlichen Polizeiverwaltungsbehörde verschieden ist, die Lokalpolizeiverordnung der Berathung der Polizeiverwaltungsbehörde mit dem Gemeindevorstand erwähnen soll.

In einem Schreiben der Königl. Regierung zu Düsseldorf vom 19. December 1852 an den Königl. Ober-Prokurator daselbst wird bezeugt, daß durch Regierungs-Verfügung vom 31. December 1851 dem Bürgermeister zu Bockum die gesammte Polizeiverwaltung in der Sammtgemeide Bockum übertragen sei.

In Folge der Anzeige der Gensdarmen Lesch und Leiter, besage welcher dieselben am 27. September 1852 in der Spezialgemeinde Vennickel den Hund des Ackerers Gerhard Kimpeler frei umherlaufend betroffen haben, wurde Kimpeler vor das Polizeigericht zu Uerdingen gestellt, wo der Beschuldigte die angezeigte Thatsache mit dem Bemerken zugestand, daß der Hund den Strick entzwei gebissen habe, und der Polizei-Anwalt Geldbuße von einem Thaler, event. eintägiges Gefängniß beantragte.

Das Polizeigericht nahm zwar die Uebertretung als erwiesen an, sprach aber wegen Ungültigkeit der erwähnten Polizeiverordnung den Beschuldigten frei, indem es in dieser Beziehung ausführte:

daß zwar nach der Verfügung der Königl. Regierung zu Düsseldorf vom 31. December 1851 dem Bürgermeister der Sammtgemeinde Bockum die gesammte Polizeiverwaltung der Sammtgemeinde Bockum übertragen sei, während nach §. 135 der Gemeinde-Ordnung eine solche Uebertragung von der Staats-Regierung ausgehen solle; daß, wenn man aber auch hiervon absehen wolle, sowohl nach §. 5 des Gesetzes vom 11. März 1850, als nach der Regierungsverordnung vom 12. Juli 1850, die mit der örtlichen Polizeiverwaltung beauftragten Behörden nur nach Berathung mit dem Gemeinde-Vorstande ortspolizeiliche Verordnungen zu erlassen befugt seien;

Daß, wenn nun auch der Bürgermeister der Sammtgemeinde Vorstand der Gemeinde Bockum sei, dieses doch in Betreff der Spezial-Gemeinde Vennickel, zu welcher der Beschuldigte gehöre, nicht der Fall sei; daß daher der erwähnten Polizeiverordnung, gegenüber dem Beschuldigten ein nothwendiges Erforderniß der Gültigkeit abgehe; daß aber außerdem die Verordnung für die Spezial-Gemeinde besonders hätte publizirt und angeschlagen werden müssen.

Gegen dieses am 5. November 1852 erlassene Urtheil hat der Polizei-Anwalt am nämlichen Tage den Cassations-Recurs ergriffen, welcher dem Beschuldigten signifizirt ist.

Zur Rechtfertigung des Recurses wird ausgeführt: Wenn der §. 1 des Gesetzes vom 11. März 1850 verordne, daß die örtliche Polizeiverwaltung von den nach den Vorschriften der Gemeinde-Ordnung dazu bestimmten Beamten (Bürgermeistern, Kreisamtmännern, Oberschulzen) geführt werden solle, und dabei der Ortsvorsteher nicht erwähne, so ergebe sich unzweideutig aus der Gemeinde-Ordnung, daß der Vorsteher der Sammtgemeinde als solcher die Polizeiverwaltung in der Sammtgemeinde zu führen habe; denn der §. 133 der Gemeinde-Ordnung bestimme, daß der *Vorsteher der Sammtgemeinde*, dessen Beigeordnete und der Sammtgemeinderath in Bezug auf die Sammtgemeinde dieselben Rechte und Pflichten haben sollen, welche in Betreff der nicht zu einer Sammtgemeinde gehörenden Gemeinden dem Gemeindevorstande, dem Bürgermeister und den Beigeordneten und dem Gemeinderathe beigelegt seien, und hiernach ständen dem Vorsteher der Sammtgemeinde in Bezug auf dieselbe die Rechte und Pflichten des Gemeindevorstandes und des Bürgermeisters zu, und zu den Amtsgeschäften des Letzteren gehöre nach §. 58 die Verwaltung der Ortspolizei. Hierzu komme, daß der §. 136 in Polizeiangelegenheiten die Vorsteher der Einzelgemeinden für Organe und Hülfsbehörden des Vorstehers der Sammtgemeinde erkläre, und sei daher der Vorsteher der Sammtgemeinde stets der selbstständige Vorsteher der Sammtgemeinde in Polizeiangelegenheiten. Wenn unter diesen Umständen der §. 135 dem Vorsteher der Sammtgemeinde die im §. 58 bezeichneten Geschäfte nur dann beilege, wenn sie demselben von der Staatsregierung besonders übertragen seien, so könne sich diese Beschränkung nur auf die im §. 58 unter 3, 4 und 5, nicht aber auf die unter Nro. 1 und 2 bezeichneten Geschäfte beziehen, in Ansehung deren es nach dem Ausgeführten *klar* sei, daß es keiner besonderen Uebertragung bedürfe. Da nun nach §. 133 der Vorsteher der Sammtgemeinde die Geschäfte des Bürgermeisters und des Gemeindevorstandes zu versehen habe, so falle wegen dieser Verbindung die Berathung mit dem Gemeindevorstande, welche in anderen Fällen nach §. 5 des Gesetzes vom 11. März statt finden solle, hier weg. Deshalb bestimme auch die in Betreff der Publication ortspolizeilicher Verordnungen erlassene Regierungsverordnung vom 12. Juli 1850 §. 5 wörtlich:

„wo der Gemeindevorstand von der örtlichen Polizeiverwaltungs-
behörde verschieden ist, muß die Erwähnung der vorhergegangenen
Berathung der letztern mit dem erstern ausgedrückt sein."

Der Mangel der Erwähnung einer vorhergegangenen Berathung mit dem Gemeindevorstande berühre daher die erwähnte Polizeiverordnung nicht, und wenn nach dem Ausgeführten feststehe, daß der Bürgermeister von Bockum selbstständig für den ganzen Umfang der Sammtgemeinde Lokal-Polzeiverordnungen habe erlassen können, so folge daraus von selbst, daß solche auch nur am Hauptorte der Sammtgemeinde und nicht in jeder Einzelgemeinde bekannt zu machen seien. Hiernach entspreche die Polizeiverordnung vom 30. August 1852 allen gesetzlichen Erfordernissen, und verletze daher das angefochtene Urtheil die erwähnten Vorschriften des Gesetzes vom 11. März 1850 und der Gemeinde-Ordnung, und lege die Regierungsverordnung vom 12. Juni 1850 unrichtig aus.

Der Cassationverklagte hat nicht geantwortet.

Urtheil:

I. E., daß unter den Attributionen, welche der §. 128 der Gemeinde-Ordnung den Vorstehern der Sammtgemeinden in Betreff der Einzelgemeinden beilegt, die Ortspolizeiverwaltung nicht genannt ist, während nach §. 129 daselbst, mit Ausnahme der in §. 128 aufgeführten Punkte für die Vertretung und die Verwaltung der Einzelgemeinden dieselben Vorschriften gelten sollen, welche für die, nicht zu einer Sammtgemeinde gehörenden Gemeinden, in den Tit. II. und III. der Gemeinde-Ordnung gegeben sind;

Daß nun aber nach Tit. II. §. 58 und Tit. III. §. 14 der Vorsteher der Gemeinde die Ortspolizei in der Gemeinde zu handhaben hat, wenn dieselbe nicht einer besonderen Behörde übertragen ist;

Daß hiernach die Bestimmung im §. 133, wonach im Uebrigen die Vorsteher der Sammtgemeinden in Bezug auf die Sammtgemeinden, dieselben Rechte und Pflichten haben, welche den Gemeinde-Vorstehern in Bezug auf die, nicht zu einer Sammtgemeinde gehörenden Gemeinden im Tit. II. beigelegt sind, nur auf die in Gemäßheit der §§. 130, 131 für gemeinsam erklärten Angelegenheiten zu beziehen ist, und insbesondere mit der in den vorhergehenden §§. 128 und 129 liegenden Beschränkung aufgefaßt, und somit angenommen werden muß, daß in Ermangelung einer besondern Uebertragung in den Einzelgemeinden, nicht dem Vorsteher der Sammtgemeinde, sondern dem Vorsteher der Einzelgemeinde die Ortspolizeiverwaltung zustehe;

Daß diese Auslegung der Gemeinde-Ordnung durch die Bestimmung im §. 135, wonach den Vorstehern der Sammtgemeinden die im §. 58 bezeichneten Geschäfte, unter welchen hier die Verwaltung der Ortspolizei genannt ist, von der Staatsregierung übertragen werden können, sowie durch die Erwägung bestärkt wird, daß aus den Kammer-Verhandlungen hervorgeht, daß die Nothwendigkeit der besondern Uebertragung (§. 135) von Seiten der Regierung dieser das Mittel darbieten sollte, sich unabhängig von den Erfolgen des eingeführten Wahlsystems, die geeigneten Organe für die Polizeiverwaltung bilden zu können;

Daß die Bestimmung im §. 136 der Gemeinde-Ordnung dieser Auslegung nicht entgegensteht, weil sie auf der Voraussetzung einer Statt gefundenen Uebertragung beruht;

I. E., daß nun aber in Betreff der zur Sammtgemeinde Bockum gehörenden Einzelgemeinden die gesammte Polizeiverwaltung dem Bürger-

meister der Sammtgemeinde von der Königl. Regierung zu Düsseldorf übertragen ist;

Daß nach §. 12 der Instruktion für die Regierungen vom 23. October 1817 die Regierung zu der desfallsigen Uebertragung resp. Anstellung berufen ist, und daß, wenn im §. 135 der Gemeinde-Ordnung die Staatsregierung als das Organ bezeichnet wird, von welchem die Uebertragung ausgeht, hierdurch doch keine Beschränkung in Betreff der Attributionen der Provinzial-Regierungen herbeigeführt, vielmehr die Bezeichnung „Staatsregierung" als die umfassende und auch für die Fälle richtige gewählt ist, in welchen die Anstellung außer der Competenz der Provinzial-Regierung liegt;

Daß hiernach und nach §. 1 und 6 des Gesetzes über die Polizeiverwaltung, der Bürgermeister der Sammtgemeinde Bockum befugt ist, Polizeiverordnungen mit verbindlicher Kraft für die Einzelgemeinden zu erlassen;

Daß aber insoweit er hierdurch die Ortspolizei in den Einzelgemeinden handhabt, solche Verordnungen der Natur der Sache nach zu ihrer Gültigkeit in den Einzelgemeinden der Publication in diesen bedürfen, zumal auch die Verordnung der Königl. Regierung zu Düsseldorf vom 12. Juli 1850 in Betreff der Sammtgemeinden keinen besonderen Publications-Modus, vielmehr im Allgemeinen die Bekanntmachung in der Gemeinde, für welche die Polizeiverordnung erlassen ist, vorschreibt;

Daß hiernach das angefochtene Urtheil zwar die §§. 133 und 135 der Gemeinde-Ordnung unrichtig ausgelegt, dagegen aber aus den erwähnten Gründen der Verordnung des Bürgermeisters von Bockum die Wirksamkeit mit Recht versagt hat;

Aus diesen Gründen

verwirft das Königl. Ober-Tribunal, Senat für *Strafsachen, II. Abtheilung* den wider das Urtheil des Polizeigerichtes zu Uerdingen vom 5. November 1852 ergriffenen Cassations-Recurs als unbegründet.

Sitzung vom 28. April 1853.

Ref.: H. O. Tr. R. Broicher. — Concl.: H. O. St. A. Oppenhoff.

Actensendung. — Unterlassene Declarirung. — Post-Contravention.

Die unterlassene Declarirung einer durch die Post bewirkten Actensendung involvirt nach den bestehenden Gesetzen keine Post-Contravention und fällt namentlich nicht unter die Strafbestimmungen des Gesetzes vom 5. Juni 1852.

Oeffentl. Ministerium — Reusch.

Der Notar Reusch zu Saarbrücken gab daselbst am 28. October 1852 ein 1 Pfund schweres, an den Advokaten-Anwalt Furius in Trier adressirtes, nur Akten enthaltendes Paket, ohne Declaration dessen Inhalts auf dem Begleitbriefe, auf die Post und zahlte dafür das Güterporto, während von Acten nach ihrem Gewichte das höhere Briefporto so lange zu entrichten ist, bis das Porto nach der Pakettaxe mehr beträgt. confer. Gesetz vom 21. December 1849, Gesetz-Sammlung pag. 439 und Gesetz vom 2. Juni 1852, Gesetz-Sammlung pag. 300.

Der §. 50 des Gesetzes über das Postwesen vom 5. Juni 1852 — Gesetz-Sammlung pag. 358 — ermächtigt die Postverwaltung zur Erlassung eines Reglements, dessen Bestimmungen als ein Bestandtheil des zwischen dem Absender und der Postverwaltung eingegangenen Vertrages angesehen werden sollen und der §. 3 des hierauf erlassenen Reglements vom 31. Juli 1852 — Trierer Amtsblatt pag. 265 —*) bestimmt:

„Werden Schriften, Acten und andere Gegenstände, für welche tarifmäßig das Briefporto erhoben wird, in Paketen versandt, so muß der Gegenstand der Sendung auf dem Begleitbriefe angegeben werden,"

eine Bestimmung, welche der Notar Reusch nur aus Unkunde und ohne Absicht einer Defraudation nicht befolgt haben wollte, für deren Nichtbeobachtung er aber durch Resolution der Ober-Post-Direction zu Trier vom 9. November v. J. wegen unterlassener Declarirung einer Actensendung, außer den Kosten des Verfahrens, in eine Geldbuße von fünf Thaler verurtheilt wurde und zwar auf Grund der Nro. 3 §. 35 des Gesetzes vom 5. Juni 1852, welche dahin lautet:

„Wer Briefe oder andere Gegenstände, für welche ein höheres Porto zu entrichten ist, unter andern Sachen, welche nach einer geringeren Taxe befördert werden, verpackt, wird mit dem vierfachen Betrage des Porto, jedoch niemals unter einer Geldbuße von fünf Thalern, bestraft."

worauf Condemnat auf rechtliches Gehör provocirte und durch Urtheil des Königl. Polizeigerichts zu St. Johann — Saarbrücken vom 18. Januar dieses Jahres freigesprochen wurde, indem dasselbe erwog:

Daß das zu dem Gesetze über das Postwesen vom 5. Juni 1852 von dem Königl. Handels-Ministerium erlassene Reglement vom 31. Juli 1852 im §. 3 besagt, daß, wenn Acten rc. für welche tarifmäßig das Briefporto erhoben wird, in Paketen versandt werden, der Gegenstand der Sendung, auf dem Begleitbriefe angegeben werden müsse;

Daß dieses Reglement aber den Character eines Strafgesetzes nicht hat, sich vielmehr selbst in seiner Einleitung als einen Bestandtheil des zwischen dem Absender rc. und der Postverwaltung eingegangenen Vertrages bezeichnet und auch nirgendwo die Nichtbeachtung seiner Vorschriften mit Strafe bedroht;

Daß der §. 35 des Gesetzes über das Postwesen vom 5. Juni 1852, welcher mit dem vierfachen Portobetrage, jedoch niemals unter einer Geldbuße von fünf Thalern, sub Nro. 3 denjenigen bestraft, der Briefe oder andere Gegenstände, für welche ein höheres Porto zu entrichten ist, unter andern Sachen, welche nach einer geringeren Taxe befördert werden, verpackt, auf den vorliegenden Fall keine Anwendung finden kann, da es sich hier nicht von einer verbotwidrigen Zusammen-Verpackung, sondern nur einzig allein von der Unterlassung der Inhaltsangabe eines ordnungsmäßig eingerichteten Pakets handelt;

Daß auch sonst keine Bestimmung existirt, welche diese, wenn auch reglementswidrige Unterlassung mit einer Strafe belegt oder bedroht, und es in einem solchen Falle der Postverwaltung lediglich überlassen bleiben muß, das etwaige höhere Porto, wie auch hier geschehen, nachzuerheben;

---

*) Amtsbl. der Königl. Reg. zu Köln. Beilage zu Nro. 35.

daß somit eine strafbare Post-Contravention im vorliegenden Falle dem Beschuldigten nicht zur Last gelegt werden kann.

Dieser Entscheidung trat auf die Appellation des öffentl. Ministeriums die Zuchtpolizeikammer zu Saarbrücken in ihrem Urtheil vom 5. März dieses Jahres lediglich bei.

Gegen dieses letztere Urtheil hat der Königl. Ober-Prokurator zu Saarbrücken am 9. März, mithin rechtzeitig den Cassations-Recurs eingelegt, weil nicht dem Antrage des öffentl. Ministeriums entsprochen worden, welcher in appellatorio dahin ging:

den Beschuldigten in fünf Thaler Geldbuße, event. verhältnißmäßige Gefängnißstrafe zu verurtheilen, auf Grund des §. 35 Nro. 3 des Gesetzes vom 5. Juni 1852 event. §. 3 des Reglements vom 31. Juli 1852 und §. 33 des Ressortreglements vom 20. Juli 1818;

wozu derselbe im Einsendungsberichte bemerkt, daß er, einverstanden mit den ergangenen Urtheilen, den Recurs nur auf Ersuchen und im Interesse der Postverwaltung angemeldet habe, welche im Falle der Verwerfung des Recurses zur Beseitigung des hervorgetretenen Mangels weitere Schritte auf legislativem Wege veranlassen wolle.

Die Postverwaltung hält, wie aus ihrem, zur Benutzung in *appellatorio* an den Polizei-Anwalt gerichteten Schreiben vom 24. Januar dieses Jahres hervorgeht, den §. 35 des Gesetzes vom 5. Juni 1852 für anwendbar, weil, wenn derselbe schon denjenigen strafe, welcher einzelne dem Briefporto unterliegende Sachen unter andern Sachen verpackt, derjenige um so mehr strafbar sein müsse, welcher eine ganze, dem Briefporto unterworfene Sendung ohne Declaration des Inhalts besorge, und dadurch die unrichtige Taxirung der ganzen Sendung veranlasse. Der Beschuldigte hat keine Erklärung eingereicht.

Urtheil:

I. E., daß der eingelegte Recurs unbegründet ist, weil das Gesetz über das Postwesen vom 5. Juni 1852 einen Fall, wie den vorliegenden, in welchem ein, nur Acten enthaltendes Paket, ohne Inhalts-Declaration durch die Post versandt ist, in seinen Strafbestimmungen gar nicht vorgesehen hat, der §. 35 Nro. 3 desselben Gesetzes einen ganz andern Fall behandelt und dessen Ausdehnung unzulässig ist;

Daß das Reglement vom 31. Juli 1852, welches im §. 3 die Declaration von Acten die in Paketen durch die Post versendet worden, fordert, eine Strafe für den Contraventionsfall nicht enthält, endlich aber der §. 33 des Ressort-Reglements vom 20. Juli 1818 schon deshalb zur Festsetzung einer Strafe nicht in Betracht kommen kann, weil dazu erforderlich sein würde, daß das Reglement vom 31. Juli 1852 ein Polizeigesetz wäre, während seine Bestimmungen zufolge §. 50 des Gesetzes vom 5. Juni 1852 nur als ein Bestandtheil des zwischen dem Absender und der Postverwaltung eingegangenen Vertrages angesehen werden sollen;

Aus diesen Gründen

verwirft das Königl. Ober-Tribunal, Senat für Strafsachen, II. Abtheilung, den Recurs des öffentl. Ministeriums gegen das Urtheil der Königl. Zuchtpolizeikammer zu Saarbrücken vom 5. März dieses Jahres.

Sitzung vom 19. Mai 1853.

Ref.: H. O. Tr. R. Hermes. — Concl.: H. O. St. A. v. Ingersleben.

Zeuge. — Verweigerung der Aussage. — Seelsorger. — Amtsgeheimniß.

Bei Seelsorgern kann die Pflicht zur Geheimhaltung der ihnen in dieser Eigenschaft gemachten Eröffnungen nicht auf den Inhalt einer förmlichen Ohrenbeichte beschränkt werden; vielmehr erstreckt sie sich auch auf das, was ihnen aus Rücksicht auf ihre geistliche Amtsverschwiegenheit auch sonst mitgetheilt worden ist. — §. 155 Str. G. B. — Art. 157 Str. Pr. O.

Röhrig — Oeffentl. Ministerium.

Die Feldhüter Valentin Belten und Franz Conrad zu Saemsheim waren vor dem Forstpolizeigerichte Stromberg beschuldigt, sieben Weidenstämme entwendet oder doch an deren Entwendung sich betheiligt zu haben. In der Verhandlung kam ein Brief des Pfarrers Röhrig zum Vorscheine, wonach er den Eigenthümer der entwendeten Stämme ersucht, ein schriftliches Zeugniß darüber auszustellen, daß er nichts dagegen habe, daß zur Verzierung des Dorfes Saemsheim einige Weidenreiser von seinem Eigenthume genommen worden, indem er hierdurch die genannten Feldhüter vor ihrem Brodverluste bewahre.

Der Pfarrer Röhrig, über den Inhalt dieses Briefes zur Ausgabe seines Zeugnisses aufgefordert, weigerte seine Erklärung, weil er das, was ihm die beiden Feldhüter, obwohl außer der Beichte anvertraut, als Amtsgeheimniß betrachte.

Auf Antrag des öffentl. Ministeriums verurtheilte das Polizeigericht, unter Anwendung des Art. 157 der Criminal-Prozeß-Ordnung den Röhrig durch Urtheil vom 7. Februar 1853 wegen unbefugter Verweigerung seines Zeugnisses in eine Geldbuße von Einem Thaler, event. in eine Gefängnißstrafe von Einem Tage und in die Kosten, aus folgenden Gründen:

J. E., daß der katholische Pfarrer Gottfried Röhrig zu Weiler, welcher in der heutigen öffentlichen Sitzung des Königl. Forstgerichtes dahier vorgeladen worden, um in der dort anhängigen Untersuchungssache gegen die beiden zu Saemsheim wohnenden Feldhüter Valentin Belten und Franz Conrad, eines Holzdiebstahls beschuldigt, als Zeuge eidlich vernommen zu werden, heute die Ablegung seines Zeugnisses unter dem Vorgeben verweigert, daß ihm das, was er von der Sache wisse, als Amtsgeheimniß anvertraut worden;

Daß indessen der Beschuldigte selbst zugiebt, daß ihm solches nicht in der Beichte anvertraut worden, derselbe auch dieses selbst nicht als ein Amtsgeheimniß betrachtet zu haben scheint, da er ja dem Eigenthümer der fraglichen Weidenbäume in dem Briefe vom 17. August 1852 wenigstens Andeutungen über das ihm Mitgetheilte gemacht hat;

Daß die Geistlichen allerdings nicht verpflichtet und nicht befugt sind, über dasjenige, was ihnen in der Beichte mitgetheilt worden, irgend ein Zeugniß abzulegen;

Daß sie aber in allen andern Fällen über dasjenige, was sie auf anderm Wege, als durch die Beichte, über irgend ein Vergehen erfahren, so wie

jeder Staatsbürger, auf Verlangen der Staatsbehörde ihr Zeugniß abzulegen verpflichtet sind;

Daß nun nach Art. 157 der Criminal-Prozeß-Ordnung Zeugen, welche der an sie ergangenen Vorladung kein Genüge leisten, auf den Antrag des öffentl. Ministeriums für das erste Ausbleiben mit einer Geldbuße und für das zweite mit Körperhaft belegt werden können;

Daß es nun aber keinen Unterschied macht, ob der Zeuge auf die ihm zugestellte Vorladung nicht erscheint, oder bei seinem Erscheinen vor Gericht die Eidesleistung oder Ablegung seines Zeugnisses verweigert, und nach der constanten Praxis der höhern Gerichtshöfe der Art. 157 der Criminal-Prozeß-Ordnung auch auf diejenigen Zeugen Anwendung findet, welche vor Gericht die Eidesleistung oder Ablegung ihres Zeugnisses verweigern, wie dieses der Cassationshof zu Berlin durch Urtheile vom 16. September 1837 und 4. Mai 1846 mehrfach entschieden;

Daß demnach der Beschuldigte strafbar erscheint.

Condemnat hat gegen dieses Urtheil den Cassationsrecurs rechtzeitig eingelegt, und in einer eingereichten Schrift des Advokat-Anwalts Dorn wird für ihn ausgeführt: die Entscheidung verletze den §. 155 des Str. G. B., indem die amtliche Pflicht der Geheimhaltung bei Geistlichen sich nicht auf den Inhalt der Beichte beschränke, sondern Alles umfasse, was ihnen in der Eigenschaft als Seelsorger und Gewissensräthe anvertraut worden sei, enthalte mithin auch eine falsche Anwendung des Art. 157 der Criminal-Prozeß-Ordnung.

Urtheil:

J. E., daß bei Seelsorgern die Pflicht zur Geheimhaltung der in dieser Eigenschaft ihnen gemachten Eröffnungen in dem Sinne des §. 155 des Str. G. B. nicht auf den Inhalt einer *förmlichen Ohrenbeichte, wie geschehen*, beschränkt werden kann, vielmehr sich auf das erstreckt, was ihnen in Rücksicht auf ihre geistliche Amtsverschwiegenheit auch sonst mitgetheilt worden ist; daß daher in der vorliegenden Sache das Gericht sich mit der auf den Zeugeneid abgegebenen Erklärung hätte begnügen müssen, daß dem Zeugen über den Gegenstand der Vernehmung nur solche Eröffnungen in seiner Eigenschaft als Seelsorger gemacht seien, welche mitzutheilen sein Amt nicht erlaube;

Daß in dem angegriffenen Urtheile nicht festgestellt worden ist, daß die Ablegung des Zeugnisses mit dieser, aus §. 155 des Str. G. B. sich rechtfertigenden Einschränkung verweigert worden sei;

Daß mithin durch Festsetzung einer Strafe gegen den Cassationskläger wegen Zeugnißverweigerung der angeführte Paragraph des Str. G. B. und der Art. 157 der Criminal-Prozeß-Ordnung verletzt und unrichtig angewendet worden sind;

Aus diesen Gründen

cassirt das Königl. Ober-Tribunal, Senat für Strafsachen, II. Abtheilung das Urtheil des Forstpolizeigerichts zu Stromberg vom 7. Februar 1853, verordnet die Beischreibung dieses Erkenntnisses an den Rand des cassirten Urtheils und die Zurückgabe der Succumbenzgelder; sodann

Zur Sache und aus den angeführten Gründen

spricht es den Beschuldigten von Strafe und Kosten frei.

Sitzung vom 19. Mai 1853.

Ref.: H. O. Tr. R. Broicher. — Concl.: H. O. St. A. Oppenhoff.
Advokat: Dorn.

Rechnungslegung. — Vorläufige Verurtheilung zu einem Ueberschuß.

In dem Rechnungsverfahren kann vor Entscheidung über das Endergebniß der gelegten Rechnung eine Verurtheilung nur insoweit stattfinden, als sich aus dem Verhältnisse von Einnahme und Ausgabe nach den Aufstellungen des Rechnungslegers ein Ueberschuß zu Gunsten des Rechnungsnehmers ergiebt, der unabhängig von den noch streitig bleibenden Posten feststeht.

Auch kann der Umstand, daß der Rechnungsleger in der Aufstellung einer vollständigeren Rechnung säumig ist, nicht dazu berechtigen, ihn zur Zahlung des Saldo's aus einer früher aufgestellten, aber als ungenügend erkannten Rechnung zu verurtheilen.

Custor — Custor.

Der Cassationskläger Johann Custor stand mit seinem Bruder Joseph Custor, dessen Erben als Cassationsverklagte im Prozesse sind, in einer Handelsgesellschaft Behufs Fourage-, Holz- und anderer Lieferungen und zum Ankauf von Immobilien. Bei der am 23. Mai 1832 von den Sociis angelegten Berechnung blieb zu Gunsten des Erblassers der Cassationsverklagten ein Saldo von 1797 Thaler, vorbehaltlich seines Antheils am Grundvermögen. Am 20. Juni 1836 klagte nun Johann Custor, der Cassationskläger, auf Auseinandersetzung des ganzen Geschäfts. Es wurde in Bezug auf die vor Schiedsrichter gewiesene Auseinandersetzung durch Urtheil des Appellationsgerichtshofes vom 12. Juli 1838 festgestellt, daß die schon erwähnte Berechnung von 1832, vorbehaltlich der Berichtigung von Irrthümern, als für beide Theile rechtsverbindlich zu erachten sei. Es wurde der aus dieser Rechnung zu Gunsten der Cassationsverklagten sich ergebende Saldo, vorbehaltlich der auf ihren Antheil an den Immobilien bezüglichen beiden Schlußposten, im Dispositiv des Urtheils desselben Gerichtshofes vom 8. März 1847 auf 1797 Thlr. festgestellt, und dem Cassationskläger seine Ansprüche auf die damals vorhandenen Activa der Gesellschaft vorbehalten, zugleich aber ihm aufgegeben, über seine Einnahme und Ausgabe seit jener Rechnung von 1832 eine neue klare und übersichtliche Rechnung zu stellen; dies geschah; die aufgestellte Rechnung wurde für genügend von den Schiedsrichtern angenommen, die eine gleiche Rechnungsstellung auch den Cassationsverklagten aufgaben und sämmtliche Anträge der Verklagten verwarfen, zu welchen namentlich der gehörte, den Kläger zur Zahlung des Saldo von 1797 Thlr. aus der Rechnung vom 23. Mai 1832, nebst Zinsen von diesem Tage ab, zu verurtheilen. Die Verwerfung dieses Antrags geschah in dem Urtheil der Schiedsrichter vom 4. Mai 1849 deshalb, weil der Appellationshof in dem Urtheile von 1847 jene Summe als unbedingtes Guthaben den Verklagten gegen den Kläger nicht zuerkannt, sondern diese Summe nur als Ergebniß der Abrechnung von 1832 vorbehaltlich der Forderungen des Klägers festgesetzt habe, über-

dies, wenn der Appellationsgerichtshof schon zur Zahlung verurtheilt hätte, die Schiedsrichter dies nicht nochmals würden thun können.

Auf die Appellation der Cassationsverklagten Erben Joseph Custor reformirte der Appellationsgerichtshof am 28. October 1850, erkannte die vom Cassationskläger Johann Custor gelegte Rechnung für die Zeit von 1832 ab als ungenügend, die der Cassationsverklagten dagegen als genügend an, gab jenem die Aufstellung einer neuen Rechnung auf und verurtheilte ihn, den Cassationsverklagten, schon jetzt aus der Rechnung vom 23. Mai 1832 den Saldo derselben von 1797 Thlr. nebst 6 Procent Zinsen seit jenem Tage unter Körperhaft zu zahlen.

Diese letztere Verurtheilung, welche allein Gegenstand des Cassations-Recurses ist, beruhet darauf, daß durch die Saumseligkeit des Cassationsklägers in genügender Legung seiner Rechnung den Cassationsverklagten kein Nachtheil erwachsen dürfe und ersterer daher nunmehr nach dem Antrage der letzteren zur Zahlung des durch die früheren Urtheile aus dem Rechnungsabschlusse vom 23. Mai 1832 festgestellten Liquidums nebst Zinsen zu verurtheilen sei, wobei es sich indessen von selbst verstehe, daß alle Verpflichtungen der Parteien aus den zwischen ihnen sonst noch schwebenden Rechnungsverhältnissen vorbehalten blieben.

Gegen dieses am 19. Juli 1851 in der Wohnung zugestellte Urtheil hat der ursprüngliche Kläger am 10. October ejusd. den Cassations-Recurs ergriffen und die Succumbenzgelder hinterlegt.

Er behauptet in dem ersten der aufgestellten drei Cassationsmittel, (welches hier allein zur Sprache kommt) daß er zur Zahlung der Summe von 1797 Thlr. aus der Rechnung von 1832 überhaupt noch nicht habe verurtheilt werden können. Es soll in der entgegengesetzten Entscheidung

1) eine falsche Anwendung des Art. 535 der Proz. Ordnung und eine Verletzung der Art. 1872, 828, 831 des B. G. B. liegen, weil die Rechnung von 1832 nur den Zweck gehabt habe, einen Ueberblick über die Vermögenslage der noch fortdauernden Gesellschaft und den Gewinnantheil der Gesellschafter zu geben, nicht den, eine definitive Auseinandersetzung und Feststellung zu liefern; so daß sich darauf der Art. 535 der Proz. Ordnung wegen Feststellung eines Liquidums nicht habe anwenden lassen, und der Richter, indem er die Auseinandersetzung wie eine definitive behandelt, die doch nach den angeführten Stellen des B. G. B. nur die ganze Masse umfassen könne, eben diese Stellen verletzt habe;

2) der Richter soll seine Macht überschritten und den Art. 534 der Proz. Ordnung verletzt haben, weil er die Verurtheilung als eine Strafe der Saumseligkeit des Cassationsklägers in der Rechnungslegung verhängt habe, wozu das Gesetz ihm keine Befugniß gebe, indem der Art. 534 andere Zwangsmittel für solche Fälle festsetze;

3) der Richter soll endlich die Art. 1168 und 1181 und die res judicata, also die Art. 1350 Nro. 3 und 1351 des B. G. B. verletzt haben, weil der Appellationshof durch das Urtheil vom 8. März 1847 den Saldo von 1797 Thlr. nur als bedingt festgestellt erklärt habe, mit dem Vorbehalt der Ansprüche des Cassationsklägers auf die Activa der Gesellschaft und die Vorräthe, die der Erblasser der Cassationsverklagten verwaltet, so daß vor Liquidestellung dieser Ansprüche die Bedingung und die Wirksamkeit der Feststellung des früheren Urtheils von 1847 gar nicht eingetreten sei.

Die Cassationsverklagten machen gegen dieses Cassationsmittel geltend, daß wenn die angebliche Verletzung der res judicata, mithin ein Widerspruch des früheren und jetzigen Urtheils vorläge, dieser nach Art. 480 Nro. 6 der Proz. Ordnung nur mittelst requête civile geltend gemacht werden könne; eventualiter habe das Urtheil von 1847 gar nicht entschieden, daß das darin festgesetzte Saldo nicht vor der gänzlichen Beendigung des ganzen Societäts-Auseinandersetzungsverfahrens zu zahlen sei. Eine solche Entscheidung liege auch nicht indirect in dem Vorbehalte der Ansprüche auf die Activa der Gesellschaft, da ein solcher keine Bedingung der Feststellung des Liquidums, diese Feststellung vielmehr sogleich geschehen sei, weil der Rechnungsabschluß von 1832 die Wirkung eines schriftlichen Vertrages unter den Parteien habe und jenes Saldo eine wirkliche Forderung der Cassationsverklagten bilde, die aus der Schlußrechnung für einen ganzen Zeitraum hervorgehe. Auch aus Art. 534, 535 B. Pr. O. rechtfertige sich die Entscheidung, weil der Richter die Saumseligkeit des Cassationsklägers bei der ihm obliegenden Rechnungsstellung factisch festgestellt, und durch eine solche die Befugniß erhalte, die Zahlung eines vorläufigen Liquidums aufzuerlegen, mithin gewiß desjenigen, welches die Parteien selbst schon früher gezogen, wenn man einmal mit dem Cassationskläger das als noch zur Auseinandersetzung gehörig betrachten könnte.

Urtheil:

— — — — — — — — — — —

Zur Hauptsache:

I. E., daß eine Verurtheilung in dem Rechnungsverfahren vor Entscheidung über das Endergebniß der gelegten Rechnung nach Art. 535 der B. Pr. O. nur insoweit Statt findet, als sich aus dem Verhältniß von Einnahme und Ausgabe nach den Aufstellungen des Rechnungslegers ein Ueberschuß zu Gunsten des Rechnungsnehmers ergiebt, der unabhängig von den noch streitig bleibenden Posten feststeht;

Daß dieser Fall nicht vorliegt, indem zwar der Schiedsspruch vom 4. August 1846 und das Erkenntniß des Appellationsgerichtshofes vom 8. März 1847 den Cassationskläger aus dem Rechnungsabschluß vom 23. Mai 1832 mit 1797 Thlr. belasten, dagegen sowohl nach diesen Urtheilen, als selbst nach dem in der jetzt angegriffenen Entscheidung gemachten Vorbehalte theilweise von den noch nicht spruchreifen Streitpunkten abhängig bleibt, ob Cassationskläger aus dem ganzen anhängigen Rechnungsverhältniß als Schuldner bei der Endentscheidung hervorgehen werde;

Daß also die ausgesprochene Verurtheilung den Art. 535 der B. Pr. O. verletzt;

Daß die Säumigkeit des Cassationsklägers in Stellung einer geeigneten Rechnung für die Zeit nach dem Abschluß von 1832 keine Verurtheilung zu einer Zahlung rechtfertigt, sondern nur Veranlassung geben konnte, den Kläger zu ermächtigen, eine bestimmte Summe gegen Cassationskläger durch Beschlagnahme und Verkauf seiner Güter eintreiben zu lassen und bis zur Erfüllung der Rechnungspflicht an sich zu behalten;

Daß die Anwendung dieses Zwangsmittels, welches der Art. 534 gestattet und welches von einer Schuldzahlung in seinen Wirkungen sich wesentlich unterscheidet, weder in Antrag gestellt, noch durch das angegriffene Urtheil gestattet worden ist;

Daß demnach das angefochtene Urtheil hinsichtlich der definitiven Verurtheilung des Cassationsklägers zur Zahlung von 1797 Thlr. zu vernichten und in der Hauptsache die Berufung gegen den Schiedsrichterspruch vom 4. Mai 1849, welcher den Antrag auf eine solche Verurtheilung abgewiesen, zu verwerfen ist;

Daß sich die übrigen Cassationsmittel hierdurch von selbst erledigen:

Aus diesen Gründen

cassirt das Königl. Ober-Tribunal V. Senat — Rheinischer Senat, das Erkenntniß des Rheinischen Appellationsgerichtshofes vom 28. October 1850 in soweit, als der Cassationskläger unter Verurtheilung in die Kosten zweiter Instanz für schuldig erklärt worden ist, den Cassationsverklagten schon jetzt bei Vermeidung des Personalarrestes 1797 Thlr. nebst Zinsen zu 6 Procent seit dem 23. Mai 1832 zu bezahlen; verurtheilt die Cassationsverklagten in die Kosten des Recurses, und verordnet die Rückgabe der Succumbenzstrafe, sowie die Beischreibung dieses Urtheils an den Rand des vernichteten;

Und zur Sache erkennend:

Verwirft das Königl. Ober-Tribunal die Berufung wider den am 5. Mai. 1849 von dem Präsidenten des Handelsgerichtes zu Coblenz für executorisch erklärten Schiedsrichterspruch vom vierten desselben Monats, insoweit sie die Zurückweisung des Antrages auf sofortige Zuerkennung von 1797 Thlr. nebst Zinsen zum Gegenstande hat, unter Compensation der Kosten zweiter Instanz.

Sitzung vom 31. Mai 1853.

Ref.: H. Präs. Jähnigen. — Concl.: H. O. St. A. Oppenhoff.

Advokaten: Dorn — Reusche.

Zweite Abtheilung

B.

Landgerichtliche Entscheidungen, Ministerial-Rescripte und juristische Abhandlungen.

Erbpacht und Renten des Jülich-Bergischen Statutar-Rechtes.

1. Caducirung ist nicht mehr zulässig.
2. Die resolutorische Clausel des Art. 1184 des B. G. B. ist nicht anwendbar.
3. Laudemium ist ein Naturale der Jülich-Berg.-Erbpacht.
4. Laudemium ist auch von dem Werthe der Superficies zu bezahlen.
5. Ob auch bei pfandschaftlicher Uebertragung eines erbpachtpflichtigen Grundstückes Laudemium zu bezahlen sei, ist zweifelhaft.
6. Das Versprechen der Freiheit von Grundlasten schließt Steuerfreiheit nicht in sich.
7. Die Bezahlung der Erbpachts-Rente ohne Abzug von $^1/_5$ für Steuern berechtigt nicht zur Rückforderung des $^1/_5$.
8. Bei Berechnung der Höhe der Erbpachts-Rente nach jetzigen Münzsorten ist der Cours oder wirkliche Geldwerth der alten Münzsorten zu berücksichtigen.

Von den obigen acht Sätzen sind Nro. 3, 4, 6, 7 und 8 zur Geltung gekommen in dem Urtheile des Königl. Landgerichts zu Elberfeld vom 5. November 1851 und dem bestätigenden Erkenntnisse des Rh. Appellhofes vom 11. November 1853 in Sachen der reformirten Gemeinde zu Elberfeld gegen Erben Schmitz, abgedruckt oben Abthlg. 1 S. 64 flgd. Es dürfte daher die Mittheilung von Interesse sein: daß das genannte Landgericht diesen Grundsätzen und namentlich den Nro. 3, 4 und 7 in einer sich etwas später ergebenden Sache derselben reformirten Gemeinde zu Elberfeld gegen Wittwe und Erben Fränkel und Leudesdorf treu geblieben und in dieser letzten Sache, sowie in einer frühern: Wittwe Laumer gegen Bach und Halbach und Joest noch die unter Nro. 1, 2 und 5 aufgestellten Sätze zu den seinigen gemacht, und damit wohl so ziemlich vollständig über die praktischen Fragen in dieser Rechts-Materie abgeurtheilt hat.

I. Wittwe Laumer — Bach u. Halbach — Joest.

Die Wittwe Laumer klagte gegen Bach als früheren und gegen Halbach als jetzigen Besitzer eines gewissen Grundstückes auf Auflösung eines

Erbpachts-Vertrages vom 30. November 1792, welchen die beiderseitigen Rechtsvorgänger geschlossen hatten, Rückgabe dieses Grundstückes an sie als Rechtsnachfolgerin der Erbpacht-Verleiher, und Schadensersatz, — gründete diese Klage darauf, daß die Erbpachtsrente seit mehr als zwei Jahren ruckständig sei, — daß nach §. 7 des erwähnten Vertrages für diesen Fall die Rückkehr des Grundstückes in die Hand des Erbverpächters vorbedungen, und jedenfalls die Caducitäts-Klage des älteren Rechtes und die Resiliations-Klage des neueren Rechtes durch jene Thatsache gerechtfertigt sei.

Joest, der das Grundstück nach Bach und vor Halbach besessen hatte, intervenirte auf erhaltene Beiladung, und bestritt, wie die beiden Verklagten, die Anwendbarkeit der vorgebrachten Rechtsgründe.

Das Königl. Landgericht erließ hierauf ein Urtheil, in welchem die betreffenden Stellen also lauten:

— — — — — — — — — — —

J. E., daß rc. (die Klage) sich auf die gemeinrechtliche Caducität, den Art. 1184 des B. G. B. und den §. 7 des Erbpachts-Vertrages vom 30. November 1792 stützt; — daß Verklagter (Halbach), der am 19. August 1844 das Grundstück käuflich erworben hat, nicht bestreitet, die darauf lastende, und von ihm, auch der heutigen Klägerin gegenüber, übernommene Rente, in den Bezahlungs-Terminen, Michaelis 1847 und 1848, und bis zur Einleitung der Klage, den 28. Juli 1849, nicht bezahlt zu haben; daß er mithin die Rente bis in das dritte Jahr schuldig geblieben, und dadurch gerade in den Fall gekommen ist, welchen der erwähnte §. 7 vorsieht;

J. E., daß aber schon nach Erlaß des Dekretes vom 13. September 1811 unzweifelhaft nicht mehr von dem nach Cap. 106 der Jülich-Bergischen Rechtsordnung eintretenden Caducirungsrechte die Rede sein konnte, weil die Caducirung das durch jenes Gesetz aufgehobene getheilte Eigenthum nothwendig voraussetzt; — daß ferner nach Erlaß des Gesetzes vom 21. April 1825 auch die noch vorbehaltene Anwendung des Art. 1184 des B. G. B. außer Kraft getreten ist, weil der Erbverpächter nur noch als Rentgläubiger anerkannt wird, und demselben von seinen vielfachen Rechten überhaupt nichts übrig geblieben ist, als ein auf den Immobilien haftendes Rentrecht, welches zwar, wie eine Hypothek oder ein Privilegium geltend gemacht, aber weder durch unmittelbare Einziehung des Grundstückes, noch durch Einforderung einer Capitalsumme, wie Art. 1909 u. f. des B. G. B. vorsieht, beendigt werden kann; — daß endlich die Klägerin auf den Art. 1654 des B. G. B. sich nicht einmal berufen hat, sich aber auch nicht darauf berufen kann, weil der Uebergang des ungetheilten Eigenthums nicht durch zweiseitigen Vertrag, sondern nach Vorschrift des Gesetzes erfolgt ist;

J. E., daß die Gesetze von 1811 und 1825 zwar nur über die gesetzlichen Folgen der Erbpachts-Verträge verfügt haben, und selbstredend die Freiheit des Vertragrechtes weder für die Vergangenheit noch für die Zukunft beschränken wollten, insofern die betreffenden Verträge nur nicht darüber hinausgehen, was nach der neuern Rechtsansicht das öffentliche Wohl gestattet; — daß auch in dem §. 7 des Erbpachts-Vertrages vom 30. November 1792 für den hier thatsächlich vorliegenden Fall das Recht der Zurücknahme des Grundstückes ausdrücklich vorgesehen ist; — daß dieser Vertrag sogar bei den nach und nach stattgehabten Verkäufen den Ankäufern jedesmal, und insbesondere auch dem Halbach mit übergeben

worden ist; — daß indessen die dort verzeichnete Bestimmung eben so wenig als etwas Besonderes, nur durch den Vertrag Festgestelltes angesehen werden kann, als die unmittelbar vorhergehende Bestimmung über das Laudemium; daß beide vielmehr nur als eine Wiederholung der damals gültigen Gesetze, oder der Handhabung derselben in der Praxis, betrachtet werden müssen, und keine größere Bedeutung haben, als wenn die Vertragschließenden mit allgemeinen Worten sich den gesetzlichen Bestimmungen unterworfen hätten; — daß es daher weder auf die ferneren Einreden des Halbach, noch des Bach ankömmt; rc. rc.

Aus diesen Gründen

weis't das Königl. Landgericht sowohl die gegen Bach und gegen Halbach am 28. Juli 1849 erhobene Klage, als die Adcitation des Joest zurück rc. rc.

Landgericht zu Elberfeld. I. Kammer. — Sitzung vom 5. Dezember 1849.

Advokaten: Deycks — v. Hurter — Hopmann.

Bei diesem Urtheile haben sich die Parteien beruhigt und stimmt dasselbe überein mit den Urtheilen: Archiv 12. 2. 59. — 33. 1. 90 und Volkmar Seite 72.

II. Reformirte Gemeinde zu Elberfeld — Fränkel und Cons. — Leudesdorf.

Die reformirte Gemeinde zu Elberfeld klagte gegen die Wittwe und die Erben des Dr. Fränkel auf Bezahlung von Laudemium unter Vorbehalt von Ansprüchen auf Renten rc. in Betreff mehrerer durch rc. Fränkel 1826 von Leudesdorf, 1837 von Holthaus, sowie $18^{38}/_{39}$ von dem Armen-Provisorat erkauften Grundstücke, und stützte sich deshalb auf einen Erbpachts-Brief vom 6. September 1662, unvordenklichen Besitzstand, und Nachweisen in ihren kirchlichen Lagerbüchern. Ein Theil dieser Grundstücke war bei dem Ankaufe schon mit Häusern bebaut; auf einem anderen Theile hat rc. Fränkel Häuser errichtet; eines derselben an den Advokaten Höchster unter der Zusage der Erbpacht- und Laudemial-Freiheit weiter verkauft, demnächst aber von diesem zurück erworben. Das von Leudesdorf übernommene Grundstück war von diesem pacht- und pfandschaftsweise besessen worden. Die Erbpachts-Pflicht war hypothekarisch eingetragen.

Die Verklagten bestritten, abgesehen von mehreren, hier nicht bemerkenswerthen vorläufigen Einreden, auch materiell wesentlich die ganze Klage und stellten auf:

1. Die Leudesdorf'sche Erwerbung sei zwar erbpacht- aber nicht laudemial-pflichtig, und ausdrücklich unter Laudemial-Freiheit verabredet.
2. Die Holthaus'sche Erwerbung sei weder erbpacht- noch laudemial-pflichtig, jedenfalls hätten Verkäufer die Zahlung übernommen.
3. Aus der zum Theil anerkannten Erbpachtspflicht folge keineswegs die Laudemial-Pflicht.
4. Laudemium sei nur eine Recognition des Ober-Eigenthums, mithin unter jetziger Gesetzgebung nicht mehr einforderbar, und event. höchstens vom Werthe des Grund und Bodens, nicht aber von dem Werthe der Superficies zu entrichten.

Zugleich erhoben die Verklagten eine Widerklage auf Zurückgabe eines Fünftels der früher bezahlten Renten und Gestattung des Abzugs eines

Künftels für die Zukunft aus dem Grunde, weil die betreffenden Liegenschaften früher als Kirchengüter steuerfrei gewesen seien.

Endlich luden die Verklagten den Leudesdorf auf Gewähr der Laudemialfreiheit bei.

Die Klägerin bestritt die Widerklage, wenigstens soweit sie auf Rückgabe des schon Gezahlten zielte.

Der Adcitat wies die Beiladung zurück, indem er sich darauf stützte, daß die Laudemialfreiheit in dem Uebertrags-Akte von 1826 nur insofern versprochen worden sei, als der Uebertrag pacht- und pfandschaftsweise geschehe.

Das Königl. Landgericht zu Elberfeld erließ hierauf ein Urtheil, in welchem es, nach Beseitigung der vorläufigen Einreden und nach Feststellung der Erbpachtspflichtigkeit sämmtlicher betreffenden Grundstücke, heißt:

— — — — — — — — — — —

I. E., daß zwar der erwähnte Erbpachtsbrief von 1662 und die späteren Urkunden der Laudemialpflicht nicht ausdrücklich und bestimmt erwähnten; — daß die in dem bezogenen Lagerbuche 2. F. 2. vorkommende Bemerkung über Bezahlung des Laudemiums auch als desfallsiger Beweis nicht dienen kann *); — daß endlich das Jülich-Bergische Landrecht Cap. 106 und 107 von Laudemialpflicht nicht spricht; — daß es aber am Schlusse — nach Cap. 108 — verordnet, daß alles, was nicht besonders vorgesehen sei, nach den gemeinen beschriebenen Rechten, Privilegien und Landesgebrauch gehalten werden soll; — daß nach dem gemeinen beschriebenen, d. h. nach dem recipirten römischen Rechte bei der analogen Emphytheuse der Consens zum Verkaufe eingeholt und Laudemium bezahlt werden mußte, wenn nicht das Gegentheil im Vertrage ausgemacht war; L. 3. Cod. de jure Emphyt. IV. 66.

Daß dieselben Grundsätze bei den Erbpachtsgütern im Bergischen unbedenklich galten, und im Gegensatz gegen das, was bei den Kurmudsgütern festgehalten wurde, als landesüblich betrachtet wurden; — Bewer Rechtsf. IV. 204 sqq. — Revid. Entw. des Prov. R. §. 234. — Erörterung bei der Berathung ad §. 234 S. 53.

Daß im Jülich-Bergischen das Laudemium mithin zu den Naturalien der Erbpacht gehörte, und daß demnach beide hier in Betracht kommenden Grundstücke nach altem Recht und Landesgebrauch als laudemialpflichtig betrachtet werden müssen; — daß endlich durch §. 24 des Gesetzes vom 21. April 1825 die Laudemialpflicht ausdrücklich als eine beibehaltene bezeichnet ist, und somit auch jetzt noch Laudemium bezahlt werden muß, wenn nicht besondere Entlastungsgründe vorliegen;

I. E., daß in dieser Beziehung nur wegen des vormals Leudesdorf'schen Grundstückes die Behauptung aufgestellt wird, daß, wenn dasselbe als ein Pacht- und Pfandschaftsgut, nach dem Kaufvertrage und nach dem Zugeständnisse der Klägerin bei Ueberträgen nicht laudemialpflichtig gewesen sei, diese Verpflichtung durch das Gesetz vom 16. Januar 1842 über bergische Pfandschaften, 1847 nicht wieder habe aufleben können; — daß indessen nicht zu verkennen ist, daß es eine verbreitete Rechts-Ansicht war, daß der Pfandschafts-Uebertrag eines erbpachtpflichtigen Grundstückes zur Zahlung von Laudemium nicht verpflichte, weil kein wirkliches Eigenthum

---

*) Das Dekret vom 9. Vend. XIII. ist auf der rechten Rheinseite nicht publicirt.

übergehe *); — daß die Klägerin, wenn sie dieser Ansicht beipflichtete, und bei Pfandschafts-Uebertragungen kein Laudemium forderte, dadurch keinenfalls auf das Recht verzichtete, Laudemium zu fordern, sobald dasselbe Grundstück durch Einlöse, oder wie hier, durch Gesetz, wieder aus dem Pfandschafts-Verhältniß herausgenommen und demnächst im wirklichen Eigenthum verkauft werden möchte; — daß daher von dem Wiederaufleben eines untergegangenen Rechtes nicht Rede ist, sondern nur von dem Wiedergeltendmachen eines Rechtes, dessen Ausübung durch ein rechtliches Hinderniß unterbrochen war, nach Beseitigung dieses Hindernisses.

J. E., daß endlich die Verklagten noch die Verpflichtung zur Zahlung eines Laudemiums bestreiten, insofern dasselbe von denjenigen Antheilen an den drei Erwerbungen gefordert wird, welche am 19. December 1847, mithin nachdem das Gesetz vom 16. Januar 1842 in Wirksamkeit getreten war, vom Dr. Fränkel an den Advokaten Höchster verkauft worden sind; — daß auch in der Regel der Ankäufer und nicht der Verkäufer das Laudemium zu bezahlen hat; — daß aber der Verkäufer die etwaige Zahlungspflicht in dem Kaufvertrage ausdrücklich übernommen und die Gemeinde diese zu ihrem Vortheil gereichende Bedingung, bei Anstellung der Klage gültig angenommen hat; Art. 1121 des B. G. B.; daß die Haftbarkeit der Verklagten daher an sich um so weniger in Zweifel zu ziehen ist, als sie durch Rückkauf wiederum Besitzer der ganzen Höchster'schen Erwerbung geworden sind;

Daß dagegen die Frage: ob das zu bezahlende Laudemium sich nach dem hier ausgeworfenen Werthe der Grundfläche, oder wonach sonst richten muß, nicht nach jenem Vertrage, sondern nach allgemeinen Grundsätzen zu entscheiden ist, da der Dr. Fränkel eine Mehr-Uebernahme nicht ausgeschlossen hat, und auch hier der Besitz der Beklagten entscheidend einwirkt;

J. E., daß es sonach nur noch auf die Höhe des Laudemiums und zwar in Betreff aller drei Erwerbungen des Dr. Fränkel ankommt; — daß die Höhe insofern nicht bestritten wird, als 2% der Kaufpreise verlangt worden sind; — daß der Streit über die Höhe des Kaufpreises der von Holthaus erworbenen Grundstücke, durch Vorlegung des Kaufaktes dahin erledigt ist, daß Klägerin ihre Forderung in Uebereinstimmung mit dem Verklagten auf 16 Thaler ermäßigt hat; — daß die Verklagten aber vermeinen, event. nur Laudemium vom Boden und nicht von den Verbesserungen und Bauten schuldig zu sein; — daß die desfalls angeführten Analogien unzutreffend sind; — daß die Verleihung in Erbpacht zur Vermehrung des Vermögens des Verleihers geschieht, und zwar für eine feste, verhältnißmäßig sehr geringe Rente, grade in Hoffnung der Verbesserung oder Bebauung des verliehenen Grundstückes, des dadurch steigenden Werthes desselben, und des somit im Falle des Verkaufs sich stets steigernden Laudemiums; — daß hiernach und den ganz bestimmten Vorschriften des gemeinen Rechtes (L. 3. Cod. de jure Emphyth. IV. 66.), ein Zweifel daran nicht wohl bestehen kann, daß auch die Verbesserungen und Bauten bei dem Laudemium mit in Betracht kommen müssen; — daß mithin in so weit die Klage sich rechtfertigt; — daß es aber eines Vorbehaltes wegen künftig zu bezahlender Renten und Laudemien nicht bedarf;

---

*) Weshalb auch bei manchen Erbpachts-Verträgen die 30jährige und andere Pacht- und Pfandschafts-Uebertragung dem Kaufvertrage in dieser Beziehung ausdrücklich gleich gestellt wird.



— — — — — — — — — — — — —

I. E. zur Widerklage, daß angenommen werden mag, daß es sich hier von Kirchen-, mithin von solchen Gütern handelt, welche nach der frühern Gesetzgebung steuerfrei waren, und daß nach §. 68 des Gesetzes vom 21. April 1825 die Verklagten das Recht haben, $\frac{1}{5}$ der zu bezahlenden Erbpachtsrente für die überkommene Steuerpflicht in Abzug zu bringen; — daß sie aber diesen Abzug nur bei der Bezahlung selbst machen, und nicht, wie untergebens geschieht, das einmal Bezahlte und selbst während des Rechtsstreites Bezahlte, zurückfordern können, da der Abzug dieses $\frac{1}{5}$ eine Rechtswohlthat ist, die zu benutzen oder nicht zu benutzen, Jedem frei steht, während die Bezahlung der ganzen Steuer nach §. 73 des bezogenen Gesetzes in Verbindung mit Art. 1235 des B. G. B. als die Bezahlung einer Nichtschuld um deswillen nicht betrachtet werden kann, weil die Verklagten als Eigenthümer die Steuern dem Staate oder der Gemeinde, und als Besitzer die Erbpacht der Klägerin wirklich verschuldeten *); — daß dagegen von keiner Seite behauptet ist, daß die Verklagten in diesem Augenblicke mit fälligen Renten in Rückstand wären, daß noch weniger die Bezahlung von Renten jetzt von ihnen gefordert ist, und daß endlich der klägerische Antrag: die sämmtlichen fraglichen Grundstücke für rentpflichtig zu erklären, eines Theils jene Forderung nicht ersetzen kann, und andern Theils offenbar nur einen mangelhafter Weise in den eigentlichen Antrag vorgeschobenen Grund desselben darstellt;

I. E. zur Beiladung des Leudesdorf durch die Verklagten: daß die Klägerin bei derselben nicht betheiligt ist, da, wie oben nachgewiesen, ihre Hauptklage begründet erscheint und da die auch in diese Verhandlung mit hineingezogene Hypothekarfrage für den Leudesdorf gar keine Bedeutung hat; — daß diese Beiladung aber auch dem Leudesdorf gegenüber nur dann gerechtfertigt sein könnte, wenn aus dem vom *Dr. Fränkel* mit ihm abgeschlossenen Kaufvertrage hervorgehen möchte, daß Letzterem die Laudemial-Freiheit der verkauften Grundstücke versprochen worden wäre; — daß es in dieser Beziehung im Vertrage vom 3. December 1826 §. 5 heißt, erst, daß die Grundstücke zu Gunsten der Klägerin erbpachtpflichtig seien, und dann weiter: „da das fragliche Eigenthum die Natur einer Pacht- und Pfandschaft habe, so brauche kein Laudemium entrichtet zu werden." — daß hierin allerdings die doppelte Zusicherung liegt: 1) daß das Grundstück die Natur eines Pacht- und Pfandschaftsgutes habe, und 2) daß es als solches, wenn auch erbpacht-, doch nicht laudemialpflichtig sei;

Daß indessen dieses kein unbedingtes Versprechen der Laudemial-Freiheit darstellt; — daß von den Verklagten insofern auch kein Laudemium gefordert wird, als Dr. Fränkel die Pfandschafts-Grundstücke übernahm, sondern nur insofern, als er dieselben als freies Eigenthum wieder verkaufte; — daß die Verwandlung derselben aus Pfandschafts-Grundstücken in Eigenthums-Grundstücke, ohne Zuthun des Leudesdorf — durch Gesetz erfolgte; — daß die Besitzer daher eben sowohl die damit verbundenen Vortheile allein zu genießen, als die damit verbundenen Nachtheile allein zu tragen haben, und die Beiladung unbegründet erscheint;

— — — — — — — — — — — — —

Aus diesen Gründen

— — — — — — — — — — — — —

*) Arch. 18. 1. 1. — 20. 1. 92. u. 225.

verurtheilt die Verklagten der Klägerin an Laudemium 2% des Kaufpreises 2c. zu bezahlen 2c.; — weis't die übrigen Ansprüche der Klägerin, — die Widerklage der Verklagten und die in der Beiladung enthaltenen Gewährleistungs-Ansprüche derselben gegen Leudesdorf zurück 2c. 2c.

Landgericht zu Elberfeld. I. Kammer. — Sitzung v. 10. December 1851.

Advokaten: Stader — Bloem — Servaes.

Dieses Urtheil ist durch Vollziehung rechtskräftig geworden.

Berufbarer Gegenstand. — Klage gegen mehrere Erben.

Der Grundsatz: Nomina et actiones inter heredes dividuntur leidet keine Anwendung in Bezug auf die Berufbarkeit.

Wülfing u. Cons. — Höver u. Cons.

Die Jurisprudenz des A. G. H. hinsichtlich des obigen Satzes hat bekanntlich geschwankt, (M. vgl. aus der neuern Zeit die Urtheile: Arch. 31. 1. S. 85 u. 224. — 37. 1. S. 94. — 40. 1. S. 142. — 44. 1. S. 228 und oben Abth. 1. S. 139.) und dürfte auch jetzt noch als feststehend nicht anzusehen sein. In der oben rubrizirten Sache war das Königl. Landgericht zu Bonn als Appellinstanz eines friedensrichterlichen Urtheils in dem Falle, dieselbe Frage zu entscheiden, und ist dabei der Ansicht beigetreten, welche in den Urtheilen Arch. 31. 1. S. 224. — 40. 1. S. 142 vertreten worden ist. Die Gründe lauten, wie folgt:

J. E., daß der Werth des Klageobjekts zwar von den Klägern selbst nur auf 40 Thlr. bestimmt ist, welche Schuld, unter die mehrere verklagten Miterben zufolge des im Art. 1220 des B. G. B. aufgestellten Prinzips getheilt, für jeden einzelnen derselben eine nicht appellable Summe ergeben würde;

Daß aber die Appellabilität in Gemäßheit des Gesetzes vom 16.—24. August 1790 nur durch den in der Klage geforderten Hauptgegenstand derselben, und nicht durch diejenigen Summen, welche von den einzelnen Verklagten verlangt werden, bestimmt wird;

Daß ferner von den Verklagten in erster Instanz gegen ihre gemeinsame Belangung ein Einwand nicht gemacht worden ist, sie daher nunmehr auch als Litisconsorten angesehen werden müssen, denen es nicht mehr freistehen kann, die einmal eingegangene Verbindung in zweiter Instanz wieder zu zerreißen, so wenig wie es umgekehrt den Klägern, wenn sie obgesiegt gehabt hätten, erlaubt gewesen sein würde, der Appellation der Verklagten die Einrede der Unannehmbarkeit wegen Mangels der appellabeln Summe entgegen zu setzen;

Daß endlich und hauptsächlich jene gemeinsame Belangung der Verklagten keineswegs eine willkürliche, vielmehr insoferne eine nothwendige und gebotene ist, als ihre Verbindlichkeit auf ein und demselben historischen und rechtlichen Fundamente beruht, deren Geltendmachung in getrennten Prozessen ebenso unzweckmäßig, als dem Geiste der Prozeß-Ordnung widersprechend sein würde;

Daß daher die Appellaten in prozessualischer Hinsicht als eine Person zu betrachten sind, und da ihre Gesammtverbindlichkeit die Höhe der appellabeln Summe übersteigt, die diesfällige Einrede derselben zu verwerfen ist.

Sitzung des Landgerichts zu Bonn vom 16. November 1852.

Advokaten: Hopmann — Laufenberg.

Zuchtpolizeigericht. — Civilklage. — Oeffentl. Ministerium. — Strafantrag.

I. Wenn ein Civilkläger bei dem Zucht-Polizeigericht klagend auftritt, und das öffentliche Ministerium Anträge zu nehmen weigert, so ist der Strafrichter doch verpflichtet, im Falle der Ueberführung des Verklagten, auch auf Strafe zu erkennen.

II. Wenn ein in erster Instanz abgewiesener Civilkläger Berufung gegen das den Verklagten freisprechende correctionelle Urtheil einlegt, — das öffentl. Ministerium aber nicht, — so kann, selbst im Falle der Ueberführung des appellatischen Verklagten, das öffentl. Ministerium in Appellatorio keinen Straf-Antrag nehmen und die Appellkammer keine Strafe erkennen.

Die beiden aufgestellten Sätze scheinen sich zu widersprechen, indem zufolge des ersten Satzes der Strafrichter erster Instanz die Pflicht haben soll, von Amtswegen Strafe zu erkennen, während dem Strafrichter zweiter Instanz sogar das Recht dazu abgesprochen wird. Der anscheinende Widerspruch löſ't sich aber dadurch, daß der Durchführung des an sich richtigen ersten Satzes auch für die zweite Instanz, ein theilweise rechtskräftig gewordenes Urtheil entgegensteht.

In folgenden beiden Urtheilen der Appellkammer des Kgl. Landgerichtes zu Elberfeld findet sich die nähere Begründung.

Zu I.

Der Buchhändler-Gehülfe M. zu B. ließ bei bei dem öffentl. Ministerium über eine ihm angeblich am 15. August 1851 durch den Werkmeister D. zu B. auf öffentlicher Straße zugefügte Mißhandlung Beschwerde erheben, — und trat als Civil-Partei bei dem Zucht-Polizeigericht auf, nachdem das öffentl. Ministerium es abgelehnt hatte, die Beschuldigung von Amtswegen zu verfolgen. Bei der öffentlichen Verhandlung der Sache erklärte das öffentliche Ministerium keinen Straf-Antrag nehmen zu können und trug auf Abweisung der Klage an. Die Zucht-Polizei-Kammer erklärte den D. indessen der bezüchtigten Mißhandlung für überführt und erkannte gegen denselben auf eine Geldbuße und eine Civil-Entschädigung. Der Verurtheilte legte rechtzeitig Berufung ein, und trug auf Abwei-

fung der Klage an, — der Civilkläger beantragte die Verwerfung der Berufung und das öffentliche Ministerium nahm folgenden Antrag:

> Die correctionelle Appell=Kammer wolle das Urtheil a quo, soweit darin eine Strafe ausgesprochen, als von einem damit nicht befaßten Richter, — und soweit auf Schadens=Ersatz erkannt, als von einem nicht competenten Richter ergangen, reformiren, den Appellanten von Strafe entbinden, den Civilkläger mit seinem Anspruche auf Schadens=Ersatz an wen Rechtens verweisen und ihm die aufgegangenen Kosten zur Last legen.

Gründe.

> Nach Art. 3 der Cr. P. O. kann die Civilklage gleichzeitig mit der öffentlichen Klage verfolgt werden, vorausgesetzt, daß der Richter mit der öffentlichen Klage befaßt sei. Im vorliegenden Falle fehlt diese Voraussetzung. Das öffentl. Ministerium hat weder einen acte de poursuite gemacht, noch einen Straf=Antrag genommen, die Civil=Partei konnte solchen nicht nehmen und eine Bestrafung von Amtswegen ist den Grundsätzen des Anklage=Processes zuwider und daher unstatthaft.

Die Appellations=Kammer nahm jedoch die Berufung nur in Bezug auf das Strafmaaß an, setzte dasselbe herab, und begründete ihr desfallsiges Urtheil, soweit es die vorliegende Frage betrifft, durch folgende Ausführungen:

J. E., daß zwar das öffentl. Ministerium eine Berufung nicht eingelegt hat; daß aber sein Hauptantrag auf Abänderung des gegen den Appellanten erlassenen Urtheils sich auf die Aufstellung stützt: daß der erste Richter mit der Entscheidung der Strafsache nicht befaßt und deßhalb zur Entscheidung der Civilklage nicht befugt gewesen sei, und daß dieses Gründe sind, welche schon von Amtswegen geprüft werden müssen;

J. E., daß es als richtig anerkannt werden darf, daß die Beschwerde eines angeblich durch eine strafbare Handlung Verletzten, trotz der befehlenden Form des Art. 64 der Straf=Proceß=Ordnung, das öffenl. Ministerium nicht nöthigt, eine Untersuchung und Verfolgung gegen den Beschuldigten eintreten zu lassen; daß es vielmehr seinem pflichtmäßigen Ermessen überlassen bleibt, von weitern Schritten abzusehen, wenn kein geeigneter Erfolg zu erwarten ist; daß ferner nicht bezweifelt werden kann, daß die Civil=Partei in keinem Falle berechtigt ist, Straf=Anträge zu nehmen, daß sie sich vielmehr lediglich auf eine Schadens=Ersatz=Forderung zu beschränken hat; daß endlich durch den Art. 3 der Straf=Proceß=Ordnung vorbestimmt worden ist, daß über eine Civilklage auf Schadens=Ersatz vom Strafrichter nur dann erkannt werden darf, wenn er mit der strafrechtlichen Beurtheilung derjenigen Thatsache befaßt werden konnte und befaßt ist, welche den Schaden veranlaßt haben soll; — daß es sich daher hier vor Allem fragt, ob der erste Richter mit dieser strafrechtlichen Beurtheilung befaßt war;

J. E., daß dieses vom öffentl. Ministerium nicht geschehen ist; daß dasselbe indessen die Zuständigkeit des ersten Richters an sich nicht in Zweifel zieht; daß es aber aus dem Umstande, daß ihm allein das Recht zusteht, Straf=Anträge zu nehmen, die Nichtbefugniß des Civilklägers herleitet, die Befassung des Gerichtes auch mit der Strafsache zu bewirken; daß allerdings es als Hauptgrundsatz des Anklage=Processes gelten kann, daß

dem öffentl. Ministerium die Verfolgung der strafbaren Handlungen zusteht und daß weder Privatpersonen, noch Gerichte hieran Theil nehmen; — daß dieser Grundsatz aber keineswegs als ein ausnahmsloser da steht; daß vielmehr einer Seits in gewissen Fällen den Appellhöfen den fiskalischen und Forstbeamten das Recht der unmittelbaren Straf Verfolgung verliehen worden ist, und daß anderer Seits nach Art. 135 der Straf-Proceß-Ordnung, der Civilpartei das Recht der Opposition gegen entlastende Rathskammer-Beschlüsse sogar in Betreff aller strafbaren Handlungen und selbst bei Verbrechen zusteht; daß ferner nach Art. 145 daselbst die Polizeigerichte sowohl durch die Civilpartei als durch das öffentl. Ministerium mit einer Strafsache befaßt werden können; daß daher der Art. 64 daf. zweiter Absatz, wenn er in Zuchtpolizeisachen der Civilpartei eine gleiche Befugniß zuweis't, keineswegs allein steht, oder so ausgelegt werden darf, als ob er den Civilkläger nur dann vor das Zuchtpolizeigericht weise, wenn schon eine öffentliche Klage angestellt worden ist; daß namentlich Letzteres juristisch unmöglich wird, 1) durch den Gegensatz, den der bezogene zweite Absatz dieses Artikels bildet, worin die Beschwerde bei dem öffentl. Ministerium und die Klage bei Gericht sich entgegen gestellt werden, und 2) durch den Art. 182 daf. welcher unter den vier verschiedenen Arten, wie das Zuchtgericht mit Strafsachen, die zu seiner Zuständigkeit gehören, befaßt werden kann, ausdrücklich auch der Ladung durch die Civilpartei erwähnt;

J. E., daß hiernach das Gesetz dem Civilkläger gestattet, das Zuchtpolizeigericht mit der Strafsache zu befassen, ohne ihm zu gestatten Straf-Anträge zu nehmen;

Daß es mithin voraussetzt, daß das öffentl. Ministerium, wenn es auch nicht hätte verfolgen wollen, doch keine rechtlichen Gründe haben könne, seine Anträge über die Strafbarkeit der betreffenden Handlung zurückzuhalten, da die Verfolgung nun doch eingetreten ist; — und daß eventuell das einmal befaßte Gericht die Strafbarkeit zu beurtheilen und die strafbare That auch mit Strafe zu belegen habe, selbst wenn das öffentl. Ministerium keinen zur Sache gehenden Antrag genommen haben möchte; daß die entgegengesetzte Ansicht zu dem Cirkel führen würde, daß die Civilpartei zwar gesetzlich das Zuchtgericht befassen, der Entschluß des öffentl. Ministeriums, keine Anträge nehmen zu wollen, aber diese Befassung für die Strafsache wieder aufheben und damit die Unzuständigkeit für die Civilklage herbeiführen könne; daß die Fehlerhaftigkeit dieses Cirkels augenfällig ist; daß daher angenommen werden muß, daß der erste Richter durch die vorliegende vom Civilkläger ausgegangene Ladung mit der Strafsache gültig befaßt, und daher sowohl zur Erlassung eines Strafurtheils befugt, als zur Entscheidung der Civilklage competent war ꝛc.

Zuchtpol.-Appellkammer des Landgerichts zu Elberfeld, Sitzung vom 22. November 1851.

Zu II.

Der Weinhändler St. zu E. machte bei dem öffentl. Ministerium die Anzeige, daß er von dem Faßbinder-Gesellen W. und dem Schuster B. daselbst in seiner Wohnung mißhandelt worden sei. Das öffentl. Ministerium lehnte die Verfolgung von Amtswegen ab, und überließ es dem St. als Civilkläger bei dem Zucht-Polizeigericht aufzutreten. St. klagte bei diesem Gerichte und da W. ausblieb, so wurde die Sache einstweilen allein

gegen B. verhandelt. Das öffentl. Ministerium nahm einen Strafantrag und der Civilkläger einen Antrag auf Verurtheilung zu Schadens-Ersatz. Das Gericht sprach indessen frei und wies die Civilklage zurück, beides wegen mangelnden Beweises. Der Civilkläger appellirte rechtzeitig, das öffentl. Ministerium legte keine Berufung ein, — nahm jedoch, da in zweiter Instanz besserer Beweis erbracht war, einen Strafantrag. Die Appellationskammer prüfte zuerst die Beweise, erklärte auf Grund derselben den B. der ihm zur Last gelegten Mißhandlung für überführt und verurtheilte ihn deshalb zur Zahlung eines Schadens-Ersatzes an den Civilkläger, lehnte dagegen die Verurtheilung zu einer Strafe ab, und begründete dieses mit ausdrücklicher Bezugnahme auf das betreffende Staats-Raths-Gutachten von 1806, dessen Grundsätze und Ausführungen auch der heutigen Gesetzgebung noch vollkommen entsprechen, in ihrem Urtheile wie folgt:

J. E., daß aber das öffentl. Ministerium gegen das freisprechende Urtheil erster Instanz kein Rechtsmittel eingelegt hat, — daß diesem gegenüber daher das erste Urtheil rechtskräftig geworden ist, — daß mithin der gegenwärtige Strafantrag weder als solcher, noch die festgestellte Schuld des St. überhaupt von Amtswegen eine Folge haben kann. (Staats-Raths-Gutachten vom 25. October — 12. November 1806).

Siehe übrigens: Le Graverend III. 379.

Zuchtpol.-Appellkammer des Landgerichts zu Elberfeld, Sitzung vom 28. April 1853.

Ehefrau. — Authorisation des Ehemannes. — Strafgericht. — Civilpartei.

Eine Ehefrau bedarf zur Einlassung auf eine Klage, welche von einer Civilpartei gegen sie bei einem Strafgerichte angestellt wird, der Authorisation ihres Ehemannes nicht.

Art. 216 des B. G. B.

Ramsdorf u. öffentl. Ministerium*) — Ehefrau Stammel.

J. E., daß nach Art. 216 des B. G. B. die vor einem Strafgerichte verfolgte Ehefrau zu ihrer Vertheidigung der Authorisation ihres Mannes nicht bedarf;

Daß auch das Gesetz hiebei keinen Unterschied gemacht hat, ob sie auf Anstehen der Staatsbehörde oder auf Anstehen einer Civilpartei vor dasselbe geladen ist;

*) In den Qualitäten des Urtheils ist das öffentl. Ministerium als Partei aufgeführt, es ergiebt sich jedoch nicht, ob von demselben ein Strafantrag genommen worden.

Daß daher die aus dem Mangel der zu diesem Zwecke erfolgten Beiladung ihres Ehemannes von der Civilverklagten hergeleitete Einrede der Unzulässigkeit der Klage der Begründung entbehrt.

Zuchtpolizeikammer des Landgerichts zu Köln. Sitzung vom 1. Juni 1853.
Advokaten: Court — Thesmar.

Königlicher Gerichtshof
zur Entscheidung der Competenz-Conflikte.

Unzulässigkeit des Competenz-Conflikts. — Rechtskräftiges richterliches Urtheil.

Steht die Entschädigungs-Verpflichtung des Fiskus für eine bestimmte Periode rechtskräftig fest, so kann in dem Verfahren über die Liquidation der Entschädigungssumme Seitens der Verwaltungsbehörde die Frage, ob die Gerichte befugt seien, die Entschädigungssumme für die ganze urtheilsmäßig fixirte Periode festzustellen, nicht ferner zum Gegenstande eines Competenz-Conflikts gemacht werden.

Gesetz vom 8. April 1847, §. 2.

Gemeinden Mengerschied u. Cons. — Königl. Regierung zu Trier.

Nachdem der A. G. H. in der im Arch. 47. 1. 145. mitgetheilten Sache erkannt hatte, daß nur der Gerichtshof zur Entscheidung der Competenz-Conflikte über die Statthaftigkeit eines in vorgeschriebener Form erhobenen Conflikts zu entscheiden habe, wurde jene Angelegenheit auf dem gesetzlichen Wege vor den letztgedachten Gerichtshof gebracht, welcher jedoch den erhobenen Competenz-Conflikt für unzulässig erklärte durch folgendes

Urtheil:

Im Namen des Königs.

Auf den von der Kgl. Regierung zu Koblenz erhobenen Competenz-Conflikt in der bei dem Kgl. A. G. H. zu Cöln anhängigen Prozeßsache

der Gemeinden Mengerschied, Tiefenbach und Sargenroth, Kläger

wider

den Fiskus, Verklagten, — betreffend, Schadensersatz für entbehrte Waldungen.

erkennt der Kgl. Gerichtshof zur Entscheidung der Competenz-Conflikte für Recht, daß der in dieser Sache erhobene Competenz-Conflikt für unzulässig zu erklären.

Von Rechtswegen.

Gründe:

Im Jahre 1808 hatte der Präfekt des Rhein- und Mosel-Departements eine Waldabsteinung vernichtet, welche 1806 zwischen der damaligen Verwaltung und den klagenden Gemeinden zur Regulirung der Grenzen des [illegible]ger Staatswaldes und des anstoßenden Waldes der Gemeinden stattgefunden hatte und durch welche den Letzteren Waldtheile als ihnen gehörig überwiesen waren, die von 1808 ab der Fiskus sich wieder aneignete. Im Jahre 1837 klagten die Gemeinden gegen den Fiskus auf Grenzberichtigung, die das Resultat hatte, daß durch ein am 5. Oktober 1846 auch vom Revisions- und Cassationshofe aufrecht erhaltenes Urtheil des Appellations-Gerichtshofes zu Köln vom 5. Juni 1845 die Grenze der beiderseitigen Waldungen wesentlich nach dem Antrage der **Gemeinden** festgestellt und Fiskus verurtheilt wurde, **allen durch die stattgehabten Eingriffe verursachten Schaden zu ersetzen.**

Die Gemeinden stellten in Folge dieses rechtskräftigen Urtheils bei Fortsetzung der Sache eine Liquidation der ihnen **seit 1808** entzogenen Nutzungen derjenigen Waldtheile auf, die ihnen rechtskräftig zuerkannt waren und forderten deren Erstattung.

Der Fiskus bestritt jetzt erst, daß er zur Erstattung auch für die Zeit der **französischen** Verwaltung von 1808 bis zur Preußischen Besitznahme hafte, indem er sich auf die Pariser Friedensschlüsse bezog. Er trug an, diese seine Nichtverpflichtung durch Urtheil förmlich auszusprechen.

Allein der Appellations-Gerichtshof verwarf durch Urtheil vom 7. März 1850 als contra rem judicatam gerichtet diesen Antrag, so wie den, daß Fiskus nur **bezogene**, nicht auch zu beziehen gewesene Nutzungen zu ersetzen habe. Er ordnete zugleich eine sachverständige Begutachtung der Ertragsfähigkeit und Percipienden der den Gemeinden zuerkannten Waldtheile an. Durch Urtheil vom 5. November 1850 verwarf der Revisions- und Cassationshof auch den gegen dieses Urtheil von **Fiskus** noch ergriffenen Rekurs, weil den Anträgen des Fiskus res judicata entgegenstehe.

In dieser Lage der Sache hat die Regierung zu Coblenz den Competenz-Conflikt ergriffen, den sie auf die Allerh. Cabinets-Ordre vom 4. Februar 1823 stützt, nach welcher die „Gerichte hinsichtlich der lediglich aus der Verwaltungszeit vor der diesseitigen Landesoccupation zu begründenden Anforderungen sich durchaus jeder Einmischung im Wege eines von den Interessenten versuchten oder beabsichtigten Prozesses gänzlich zu enthalten haben."

Allein auf diese Bestimmung kommt es in gegenwärtiger Lage der Sache nicht mehr an, weil der Competenz-Conflikt unstatthaft ist.

Denn da durch die Urtheile vom 5. Juni 1845 und 5. Oktober 1846 **rechtskräftig** gerichtlich schon entschieden ist, daß Verklagter **allen** durch die stattgehabten Eingriffe verursachten Schaden zu ersetzen habe;

da ferner rechtskräftig durch die Urtheile vom 7. März und 5. November 1850 entschieden ist, daß unter jenem verursachten Schaden auch der von der französischen Verwaltung vom Jahre 1808 an in den fraglichen Waldungen zugefügte mitbegriffen und die bezogenen und zu beziehen gewesenen Nutzungen zu ersetzen seien, so ist über den Gegenstand des Rechtsstreits schon rechtskräftig erkannt und es kommt nur darauf an, das gerichtlich und rechtskräftig Zuerkannte auf Summen zu reduziren. Nun aber kann nach §. 2 des Gesetzes vom 8. April 1847

„in rechtskräftig von den Gerichten entschiedenen Sachen der Competenz-Conflikt nicht mehr erhoben werden"

und im Sinne dieser Bestimmung liegt es, daß wenn die Gerichte einmal rechtskräftig entschieden haben, die Ausführung ihrer Urtheile, mithin auch die Verwandlung des Zuerkannten in Geldsummen ihnen bleiben muß, und nicht der Verwaltung mehr vindicirt werden kann, welche unterließ, vor der rechtskräftigen Entscheidung über den Anspruch an sich den Competenz-Conflikt einzulegen und dadurch den Anspruch zu ihrer Cognition überzuleiten.

Es mußte mithin der Conflikt für unzulässig erklärt werden.

Berlin den 18. Dezember 1852.

Kgl. Gerichtshof zur Entscheidung der Competenz-Conflikte.

gez. Lamprecht.

